# ENTSCHEIDUNGEN DES GROSSHERZOGLICH MECKLENBURGISCHEN OBERAPPELLATIONSGERICHTS ZU ROSTOCK

Hermann von Buchka, Johann Friedrich Budde, ...



# Inhalts-Verzeichniß.

## I. Civilproceß.

## II. Privatrecht.

### A. Allgemeine Lehren.



### B. Sachenrecht.

Seite.



## C. Obligationenrecht.

## D. Familien- und Erbrecht.

## III. Kirchenrecht.

# Druckfehler.

---

S. 36 Z. 19 v. o. statt ausmachen l. ausmacht.
S. 65 Z. 19 v. o. statt bedingten l. beendigten.
S. 69 Z. 15 v. o. statt Lage l. Frage.
S. 78 Z. 3 v. u. statt nur l. nicht.
S. 80 Z. 10 v. o. statt einer l. eine.
S. 137 Z. 14 v. u. statt weicht l. weist.
S. 242 Z. 17 v. o. statt Willensmeinung l. Willenseinigung.

---

# I. Civilproceß.

## 1.

### Ueber das domicilium necessarium der Ehefrau.

Le. 47/1860. Strelitz.

Das Oberappellationsgericht erklärte in Uebereinstimmung mit den Entscheidungen der beiden ersten Instanzen mittelst Bescheides vom 8. October 1860 das Stadtgericht zu Neubrandenburg (beim Mangel eines daselbst begründeten forum speciale) für incompetent, eine Klage gegen die von ihrem Ehemanne, dem Schornsteinfeger L. zu Friedland, factisch getrennt lebende und seit mehreren Jahren in Neubrandenburg wohnende verehelichte L. anzunehmen, und hob zur Motivirung dieser Entscheidung hervor:

Die Gründe, welche der Frau ihr Forum am Domicil ihres Ehemannes, als dem rechtlichen Sitze der Ehe, anweisen, werden, so lange die Ehe selbst fortdauert, dadurch nicht entkräftet, daß die Ehefrau factisch an einem anderen Orte ihren Aufenthalt nimmt, und ist daher in dem angefochtenen Bescheide — mit Recht die Ansicht zurückgewiesen worden, daß (die Beklagte) neben dem für dieselbe durch die Ehe in Friedland begründeten nothwendigen Domicil durch ihr Wohnen in Neubrandenburg ein zweites Domicil an dem letzteren Orte erworben habe.

---

## 2.

### Ueber das forum, bei welchem die Ehescheidungsklage wegen malitiosa desertio zu erheben ist.

Li. $48/_{1860}$ Strelitz.

Nachdem ein in Neubrandenburg wohnender Ehemann mit Zurücklassung seiner Ehefrau nach Nordamerika ausgewandert war, erhob die Letztere bei der Justiz-Canzlei zu Neustrelitz gegen den Ersteren unter Angabe seines gegenwärtigen Wohnortes in Nordamerika eine Klage wegen malitiosa desertio, für deren Annahme sich das genannte Gericht competent erklärte. Auch erkannte das Oberappellationsgericht auf die von dem bevollmächtigten Sachwalte des Beklagten erhobene Querel mittelst Bescheides vom 17. December 1860 die Competenz der Justiz-Canzlei zu Neustrelitz an, indem es ausführte:

Es ist eine bekannte und ganz unbestrittene Eigenthümlichkeit des Desertionsprocesses, daß die Sache vor dem für den Kläger zuständigen Ehegerichte zur Verhandlung und Entscheidung kommt. Dieser Satz muß auch dann gelten, wenn die an dem bisherigen gemeinsamen Wohnorte der Ehegatten zurückgebliebene Frau klagend auftritt, und der Umstand, daß der Mann seinen Aufenthaltsort angezeigt, die Absicht einer böslichen Verlassung von sich gewiesen, und die Klägerin sogar aufgefordert hat, ihm zur Fortsetzung der Ehe zu folgen, kann eine Einrede gegen die Klage begründen, ändert aber Nichts an der Competenz des Gerichts, welches in solchem Falle eben darüber zu entscheiden hat, ob die Frau verpflichtet sei, die Ehe an dem neu gewählten Domicil des Mannes fortzusetzen.

---

## 3.

**Ueber das** forum delicti commissi. Ju. 214/1861.
(Vgl. Bd. 3, S. 9 f.)

Aus dem Bescheide des Oberappellationsgerichts vom 28. Februar 1861:

Die mit Bezug auf die Nov. 69 cap. 1 in der gemeinrechtlichen Praxis anerkannte und durch cap. 20 X de foro competente (2, 2), sowie cap. 1 in VI de privilegiis (5, 7) bestätigte Regel, nach welcher die Erhebung der aus Delicten entspringenden Civilklagen am Delictsorte statthaft ist, muß auch für das einheimische Recht als maßgebend betrachtet werden, da eine diese Regel beseitigende particulaire Praxis nicht allein nicht nachweisbar ist, sondern auch die Gesetzgebung im Art 18 des Staatsvertrages vom 8. November 1841 betreffend die Eisenbahnverbindung zwischen Berlin und Hamburg das fragliche specielle forum als bestehend neben dem Gerichtsstande der belegenen Sache und des Contractes hervorhebt. Auch ist es nach Analogie der für das forum contractus in der Praxis des Oberappellationsgerichts anerkannten Grundsätze (vgl. Entscheidungen des Oberappellationsgerichts zu Rostock, Bd. 3, S. 5 ff.) für die Geltendmachung des forum delicti commissi gegen einen Inländer nicht erforderlich, daß er in dem betreffenden Gerichtssprengel anwesend ist, oder Vermögensstücke daselbst besitzt.

---

## 4.

**Ueber das** forum connexitatis. Be. 135/1861. Strelitz.

Nachdem die geschiedene Ehefrau des Eigenthümers B. gegen ihren geschiedenen Ehemann bei dem Amtsgerichte Mirow, als dem foro domicilii desselben, auf Alimentation und Anerkennung eines von ihr während des Ehescheidungsprocesses ge-

borenen Kindes geklagt und ein obsiegliches Erkenntniß erlangt hatte, stellte der frühere Beklagte gegen sie bei demselben Gerichte eine Klage auf Herausgabe jenes Kindes an, welches in dem gedachten ersten Processe rechtskräftig als das Seinige anerkannt war, und erklärte das Oberapellationsgericht in dem Querelbescheide vom 4. December 1861 — abgesehen von der thatsächlich bestrittenen Frage, ob die geschiedene B. noch im Bezirk des Amtsgerichts Mirow ein Domicil habe — dies Gericht aus dem Gesichtspunkte der Connexität für competent, in den Gründen bemerkend:

Der jetzt obschwebende Rechtsstreit steht zu dem früheren von der jetzigen Beklagten als Klägerin gegen den nunmehrigen Kläger als Beklagten erhobenen und siegreich durchgefochtenen bei dem Amtsgerichte zu Mirow anhängig gewesenen Processe auf Anerkennung und Alimentation des gleichen Kindes, dessen Herausgabe jetzt von ihr verlangt wird, in einem so genauen und innigen Zusammenhange, daß der gegenwärtige Proceß gewissermaßen als eine unmittelbare Folge jenes früheren, und gleichsam nur als dessen Fortsetzung erscheint, daher argum. c. 3 X de donationibus inter virum et uxorem (4, 20) wegen der hier obwaltenden Connexität das Amtsgericht Mirow, wenngleich die Beklagte nicht mehr in dessen Gerichtsbezirke domiciliren sollte, dennoch zur Entscheidung dieses Rechtsstreites für competent zu erachten ist.

---

## 5.

## Solidarische Haftung mehrerer Litisconsorten in Bezug auf die Advocaturforderung des von ihnen gemeinschaftlich bevollmächtigten Sachwaltes.

He. 658/1856.

Auf Querel eines von mehreren Litisconsorten zum procurator in loco bei der Justiz-Canzlei zu Güstrow bestellten

Advocaten sprach das Oberappellationsgericht mittelst Bescheides vom 7. Juli 1859 folgenden Satz aus:

Da der Querulant durch die Besorgung der ihm, als procurator in loco, aufgetragenen Geschäfte das Mandat der processualischen Vertretung für Jeden der Litisconsorten, für welche er bevollmächtigt worden ist, ganz erfüllt hat, so ist er sowohl nach der civilistischen Consequenz, als auch nach dem ausdrücklichen Ausspruche der l. 59 §. 3 D. mandati (17, 1) berechtigt, gegen jeden einzelnen Mandanten in solidum auf Bezahlung seiner Procuraturrechnung zu klagen.

---

## 6.

## Voraussetzungen für die Intervention bei einem possessorischen Rechtsstreit. Ca. 106/1856. Strelitz.

Der Kammerprocurator F. klagte Namens des Großherzoglich Mecklenburg-Strelitzschen Kammer- und Forst-Collegii bei dem Stadtgericht zu F. gegen den Senator G. daselbst possessorisch, weil dieser Birken und Erlen aus einem zum Großherzoglichen Forst gehörigen und im juristischen Besitz des Großherzoglichen Kammer- und Forst-Collegii befindlichen Bruche gefällt und weggeführt habe, und bat, das Großherzogliche Kammer- und Forst-Collegium im Besitze des fraglichen Bruches zu schützen, so wie dem Beklagten weitere Störungen bei Strafe von 100 Thlr. zu untersagen. Der Beklagte bestritt das Klagefundament mit der Behauptung, daß nicht das Kammer- und Forst-Collegium, sondern die Stadt F. das Eigenthum und den juristischen Besitz des Bruches habe, und daß er überdies die Bäume nicht in dem Bruche, sondern auf seinem an dasselbe grenzenden Grundstücke habe abhauen lassen.

Der Magistrat der Stadt F. trat in diesem Proceß als Intervenient auf, indem er den juristischen Besitz des fraglichen Bruches für sich in Anspruch nahm, es jedoch dahin gestellt sein ließ, ob der Beklagte die Bäume auf seinem Eigenthume oder

in dem der Stadt gehörigen Bruche habe fällen lassen. Das Gesuch des Intervenienten ging dahin, den Kläger, in so fern derselbe seine Klage auf den angeblich dem Großherzoglichen Kammer- und Forst-Collegio rücksichtlich des Bruches zuständigen Besitz gründe, abzuweisen.

Der Kläger bestritt die Zulässigkeit dieser Intervention aus dem Grunde, daß der intervenirende Magistrat kein Interesse an dem Siege des Beklagten habe und auch nicht durch die Rechtskraft der gegen den Letzteren ergehenden Erkenntnisse gebunden werde.

Die Statthaftigkeit der Intervention wurde durch drei conforme Entscheidungen anerkannt; die Gründe des vom Oberappellationsgerichte unterm 1. December 1856 erlassenen Bescheides lauten folgender Maaßen:

> Da der (Intervenient) den Besitz des Bruches in Anspruch nimmt, so hat derselbe ein unverkennbares Interesse daran, daß (der Kläger) nicht in dem gegen den Senator G. erhobenen Processe mit der Behauptung des ihm an eben diesem Objecte zustehenden Besitzes durchdringe. Wenn nämlich auch das in diesem Processe ergehende Urtheil an sich einem Dritten gegenüber keine Rechtskraft herbeiführt, so erreicht der in einem Besitzstreite obsiegende Kläger durch ein günstiges Urtheil doch jedenfalls eine Anerkennung seines Besitzes, auf deren Grund er von den Gerichten vorläufig gegen Jedermann zu schützen ist. Bei solchem Interesse kann dem Intervenienten die Theilnahme an dem vorliegenden Rechtsstreite nicht versagt werden.

---

## 7.

### In wie weit ist zur Substantiirung der Klage die genaue Bezeichnung der in Anspruch genommenen Gegenstände erforderlich? Si. 1308/1859.

Der Krämer-Compagnie-Verwandte S. zu W. hatte seinem Gläubiger A. H. zu H., um denselben wegen mehrerer Wechsel-

forderungen zu decken und sicher zu stellen, mittelst einer Acte vom 8. Januar 1852 seine ganze häusliche und wirthschaftliche Einrichtung zum Eigenthum übertragen und zugleich durch constitutum possessorium den Besitz eingeräumt. In der jener Acte beigefügten Specification waren die zu der fraglichen Einrichtung gehörigen Gegenstände im Uebrigen nach Stückzahl und mit einer Werthangabe aufgeführt, jedoch fanden sich in derselben auch folgende unbestimmtere Bezeichnungen:

„Diverses Leinenzeug 150 Thlr.",
„Haus- und Küchengeräthe 50 Thlr.",
„Kleidungsstücke 50 Thlr."

Als demnächst der Kaufmann E. zu H., als Cessionar des A. H. zu H. mit der actio praescriptis verbis von dem Krämer-Compagnie-Verwandten S. die Herausgabe der durch die Acte vom 8. Januar 1852 seinem — des Klägers — Cedenten zum Eigenthum übertragenen und nur precario im Besitze des Beklagten gebliebenen Mobiliargegenstände forderte, entstand die Frage, ob diese Objecte in der Klage durch die Bezugnahme auf die Acte vom 8. Januar 1852 und die derselben beigefügte Designation bestimmt genug bezeichnet seien. Die bejahende Entscheidung des Oberappelationsgerichts in dem Erkenntniß vom 4. October 1860 stützt sich auf folgende Gründe:

— — — — — — — — — — — —

3. — Eine genaue Bezeichnung des in Anspruch genommenen Gegenstandes ist der Regel nach in gleicher Weise zur Begründung von persönlichen, wie von dinglichen Klagen nothwendig. Wenn die l. 5 §. 4, l. 6 D de rei vindicatione (6, 1), sowie das cap. 2 X de libelli oblatione (2, 3) und cap. 49 X de appellationibus (2, 28) dies Requisit zwar zunächst nur für die Theorie der rei vindicatio aufstellen, so zeigt doch schon die l. 6 cit., verb. „vel dari oportere nobis petamus", daß Paulus den dort erörterten Rechtssatz als einen allgemein gültigen betrachtet, und bestätigen die l. 1 §. 40 f. D depositi (16, 3), l. 19 pr. §. 4 und l. 52 §. 25 D. de furtis (47, 2) dasselbe Resultat. Bei der Anwendung der in Frage stehenden Regel ergiebt sich

indeß ein wesentlicher Unterschied zwischen denjenigen Klagen, bei welchen, wie bei der rei vindicatio, der Beklagte ohne eine eingehende Bezeichnung nicht wissen kann, welche Sachen vom Kläger bezielt werden, und denjenigen Klagen, bei welchen unter der Voraussetzung der Wahrheit des Klagegrundes für den Beklagten ein Zweifel über die vom Kläger in Anspruch genommenen Gegenstände nicht möglich ist. Darf nun bei der Forderung einer genauen Bezeichnung überhaupt nicht mit rigoristischer Strenge verfahren werden (vergl. l. 6 cit. verb. „nam illud inhumanum est, cogi nos dicere, trita sint an nova — — nec ita coarctanda res est“), so erscheint es als unbedenklich, bei Klagen der zuletzt erwähnten Art nach dem Beispiele der l. 1 §. 40 depositi cit. und der l. 19 §. 4 de furtis cit. eine weit gehende Milde zu üben, und wird eine solche im vorliegenden Falle überdies noch durch besondere Gründe gefordert. Der Kläger ist nämlich gar nicht im Stande, die libellirten Gegenstände näher zu bezeichnen, als wie sie in dem der Klage zu Grunde liegenden Rechtsgeschäfte angegeben sind. Der Beklagte hat aber die bezüglichen Angaben in der Urkunde vom 8. Januar 1852 selbst gemacht und ist vermöge des damals abgeschlossenen constitutum possessorium als Stellvertreter des Klägers im Besitze der jetzt streitigen Sachen geblieben. Es liegt daher unter vorausgesetzter Wahrheit des Klagegrundes klar vor, daß er weiß und wissen muß, um welche Sachen es sich handelt, und kann bei dieser Sachlage auf den Mangel einer genauen Bezeichnung um so weniger zu Gunsten des Beklagten Gewicht gelegt werden, da es ihm, als dem procurator possessionis alienae, obliegt, dem Kläger auf dessen Verlangen nähere Nachweisungen über die in dem fraglichen Inventarium enthaltenen Gegenstände und deren Verbleiben zu geben, und gerade die Natur der actio praescriptis verbis, als einer actio, quae ex bona fide oritur (vergl. l. 2 §. 2 D de precario (43, 26), die Berücksichtigung der hieraus sich ergebenden Consequenzen im Interesse des Klägers nothwendig macht.

4. — Von den vorstehenden Gesichtspunkten aus muß die erhobene Klage rücksichtlich aller libellirten Objecte aufrecht erhalten werden, da dieselben keineswegs so unbestimmt bezeichnet sind, daß nicht eine Verurtheilung möglich würde. Für die Individualisirung der fraglichen Sachen bietet nämlich einerseits die mit der speciellen Nennung in der Anlage A ad [1] prim. inst. verbundene Angabe der Stückzahl einen wichtigen Anhaltspunkt und gewinnt das Vorbringen des Klägers andererseits rücksichtlich des nicht nach Stückzahl aufgeführten Leinenzeuges, so wie des Haus- und Küchengeräthes dadurch an Bestimmtheit, daß alle Sachen der gedachten Art, welche sich am 8. Januar 1852 im Besitze und Eigenthume des Beklagten befunden haben, als Objecte des Rechtsgeschäftes, und jetzt der Klage hingestellt sind, sich auch eine Taxe hinzugefügt findet, mit Bezug auf welche der Beklagte füglich wird angehalten werden können, Leinenzeug, Haus- und Küchengeräthe, wie solches zur Zeit der Ueberlassung den anschlagsmäßigen Werth ungefähr gehabt haben kann, herauszugeben. — — — — — — — —

Darauf, daß der Executor nicht ohne Weiteres nach der vorliegenden Bezeichnung zur Auffindung aller libellirten Sachen im Stande sein mag, ist kein Gewicht zu legen, da eventuell gegen den Beklagten auf Grund der ihm obliegenden Verbindlichkeit zur Nachweisung der Sachen Zwangsexecution zu verhängen sein würde, oder die Auskunftsmittel des §. 34 nr. 2 der Executions-Ordnung vom 30. September 1857 zur Anwendung kommen könnten.

---

## 8.

## Zur Auslegung und Anwendung der Verordnung vom 6. Februar 1855 betreffend das Verfahren bei den Niedergerichten und der Verordnung von demselben Dato betreffend das Verfahren bei den Justiz-Canzleien in Civilsachen.

1. Fe. 56/1860 Strelitz. Bescheid vom 27. Februar 1860. Nach den Principien der Niedergerichtsordnung cfr. §. 3, §. 7 Abs. 2 und §. 9 Abs. 1 dürfen die Ladungen zur mündlichen Verhandlung der Sache den Nachtheil des Eingeständnisses nur derjenigen Partei für den Fall ihres Ausbleibens androhen, welche nach dem Stande des Processes in dem angesetzten Termine sich zunächst zu erklären hat, und es kann daher jener Nachtheil niemals auf Thatsachen bezogen werden, welche noch gar nicht behauptet sind, sondern nur möglicher Weise bei der bevorstehenden Verhandlung von der Gegenpartei vorgebracht werden.
2. Ha. 721/1860. In einem Falle, in welchem drei als Litisconsorten auftretende Kläger bei einem Niedergericht durch Einreichung einer schriftlichen Klage die Anberaumung eines Verhandlungstermines auf den 12. Juni 1860 nach Maaßgabe des §. 3 der Verordnung vom 6. Februar 1855 erwirkt, sodann aber am Schlusse eines — den Umfang der bevorstehenden Verhandlung betreffenden Vortrages, welcher dem Beklagten vom Gerichte unterm 4. Juni 1860 communicirt wurde, erklärt hatten, daß sie sich im Termine durch ihren Sachwalt vertreten lassen würden, verweigerte der Beklagte im Termine die Einlassung auf die Klage, weil die Kläger nicht persönlich erschienen, sondern statt derselben ihr legitimirter Sachwalt aufgetreten war. Das Oberappelationsgericht erkannte in dem Querelbescheide vom 4. October 1860 diese Weigerung für gerechtfertigt, weil die bestimmte Vorschrift im §. 5 sub 1, Abs. 2 der Verordnung vom 6. Februar 1855, wonach die Kläger bei der Extrahirung des

Termines sich darüber zu erklären gehabt, ob sie den Termin in Person oder durch einen Sachwalt zu beziehen gedächten, hier nicht beobachtet worden. Die spätere Erklärung könne nicht bewirken, daß Beklagter solche als zeitig abgegeben zu betrachten habe, zumal da das Gesetz an die Nichtbeobachtung jener Vorschrift den Nachtheil des Verzichtes auf die Vertretung durch einen Sachwalt knüpfe und noch besonders anordne, daß der Beklagte von der Erklärung bei der Ladung zu dem Termine in Kenntniß zu setzen sei.

Der erwähnte Querelbescheid des Oberappellationsgerichts enthält außerdem folgende Sätze: Eine gesetzliche Verpflichtung von Litisconsorten zur Bestellung eines gemeinschaftlichen Sachwalts besteht nicht; die Verordnung vom 16. October 1755 fordert nur die Bestellung eines gemeinschaftlichen Procurators zur Annahme der gerichtlichen Verordnungen, und kann hieraus nicht gefolgert werden, daß, wenn der Eine der klagenden Litisconsorten nach §. 5 der Verordnung vom 6. Februar 1855 durch einen Bevollmächtigten erscheinen darf, die übrigen vom persönlichen Erscheinen sonst nicht dispensirten Kläger sich durch denselben Bevollmächtigten im ersten Termine dürfen vertreten lassen. Dagegen ist freilich klar, daß die Vereinigung der Litisconsorten zu gemeinschaftlichem Handeln im Processe richterlich möglichst befördert werden muß, und daher der gemeinschaftliche Sachwalt, wenn er für Einen der Litisconsorten zugelassen ist, auch von der terminlichen Verhandlung für den Andern nicht ausgeschlossen werden darf. Dadurch wird aber nur eine Abweichung von der Vorschrift nöthig, daß Letzterer ohne Begleitung eines Rechtsbeistandes erscheinen muß, nicht von der, daß er persönlich komme. Der hievon nicht dispensirte Mitkläger steht dann eben so, wie der Beklagte, der einen Sachwalt mitbringen darf.

3. Si. 1296/$_{1859}$. Bescheid vom 7. Mai 1860: Die Vorschrift des §. 8 Abs. 3 der Verordnung vom 6. Februar 1855 betreffend das Verfahren bei den Justiz-Canzleien in Civilsachen, — wonach Rotulationstermine, selbst in dem Falle einer Versendung der Acten zum Spruche, nicht weiter Statt finden

sollen — hat zur nothwendigen Folge, daß nunmehr mit dem Actenschlusse das eigentliche Urtheilsverfahren sofort und ohne ein Zwischenstadium beginnt. Dadurch aber ist den Parteien die ihnen früher gebotene Gelegenheit abgeschnitten, noch nach dem Actenschlusse mit Junctionsgesuchen hervorzugehen und dieselben zur erforderlichen Verhandlung zu bringen. So wie nämlich Solches nach dem früheren Proceßrechte spätestens im Rotulationstermine geschehen durfte, so läßt sich nicht annehmen, daß durch die Abschaffung des Letzteren nur die erwähnte Zeitgrenze weggefallen, mithin einer — möglicherweise störenden — Unterbrechung des Urtheilsverfahrens durch Zwischenverhandlungen über Acten-Junction freier Spielraum gelassen sei.

4. Pe. 466/$_{1858}$. Bescheid vom 22. October 1860. Während nach dem früheren Rechte die vom Producten den gegnerischen Zeugen vorzulegenden Special-Interrogatorien über den Inhalt der Beweisartikel allerdings nicht herausgehen durften und das Fragerecht des Richters einer gleichen Beschränkung unterlag, ist es nunmehr nach dem auch für das Verfahren der Justiz-Canzleien normirenden §. 19 der Niedergerichts-Ordnung vom 6. Februar 1855 dem Richter anheimgegeben, die Vernehmung auch auf andere vom Producenten nicht bezeichnete Thatsachen so weit auszudehnen, als er es zur Erforschung der Wahrheit für dienlich hält. Hieraus folgt, daß er auch die vom Producten zur Vervollständigung und Ergänzung des Verhörs nach §. 18 ibidem angegebenen Punkte für sein officielles Fragerecht sich aneignen darf. Ausgeschlossen bleiben freilich solche selbständige Thatsachen, welche den Vorwurf eines besonderen Gegenbeweises bilden würden; dagegen sind unbedenklich statthaft alle diejenigen Fragen, welche den Zeugen veranlassen sollen, die den Hauptgegenstand seiner Aussage bildende Thatsache in ihrem ganzen Verlaufe und mit allen Nebenumständen zu erzählen, oder welche dem Richter bei Vorlegung der Generalfragen als Anhaltspunkte zu officiellen Vorhaltungen dienen können.

5. Bu. 802/1855. Bescheid vom 25. October 1860: (Die Zulassung von Zeugen salvis exceptionibus) hatte nach dem bis auf die Verordnungen vom 6. Februar 1855 geltend gewesenen Rechte — cfr. Güstrowsche Canzlei-Ordnung II, 24, 11 — den ganz unbestrittenen Sinn, daß rücksichtlich der vorbehaltenen Einreden alles Weitere bis nach Eröffnung der Rotuln ausgesetzt bleibe, und der Product war also mit seinen bezüglichen Ausführungen, wobei er auch die Zeugenaussagen selbst benutzen konnte, eventuell mit der Angabe von Beweismitteln, wenn das factische Fundament seiner Einreden bestritten war, auf die Impugnationsschrift verwiesen. Wenn nun die neue Niedergerichts Ordnung §. 24 Abs. 2 verlangt, daß dergleichen Beweisführungen thunlichst mit der Aufnahme des Hauptbeweises gleichzeitig erledigt werden, so ist damit nicht dem Producten, sondern dem Richter eine Vorschrift gegeben, welche überdies nicht einmal als ein das bisherige Recht änderndes Princip, sondern nur als eine aus Gründen der Zweckmäßigkeit ertheilte Weisung hingestellt ist. Demgemäß liegt es dem Richter ob, wenn er es zweckmäßig findet, dem Producten im Laufe des Hauptverfahrens, spätestens aber nach dessen Beendigung und vor Einleitung des Deductionsverfahrens die entsprechenden Auflagen zu machen. cfr. §. 22 ibid. Wo dies nicht geschehen ist, steht es dem Producten zweifellos frei, mittelst Vorstellung gegen die Einleitung des Deductionsverfahrens die Zulassung der noch erforderlichen, nicht präcludirten Beweisantretung zu begehren.

6. Sa. 1311/1859. Der Bescheid des Oberappellationsgerichts vom 16. Januar 1860 billigte es, daß die Justiz-Canzlei zu Güstrow auf die Klage aus einem ritterschaftlichen Hypothekenschein ein bedingtes Zahlungsmandat mit einer Frist von drei Wochen (statt der in der Revidirten Hypotheken-Ordnung vom 18. October 1848 für Capitalforderungen vorgeschriebenen Frist von 8 Wochen) erlassen hatte. Die Gründe dieses Bescheides lauten also:

Es unterliegt keinem Zweifel, daß die im §. 32 der Stadtbuch-Ordnung vom 22. December 1829 und §. 28

sub 1 der revidirten Hypotheken-Ordnung vom 18. October 1848 enthaltenen Fristbestimmungen lediglich den Zweck hatten, für Klagen aus Stadtbuchschriften und Hypothekenscheinen ein rascheres Verfahren einzuführen, und daß daher diese in der fraglichen Beziehung vor den übrigen Sachen bevorzugt werden sollten. Daraus aber folgt, daß, wenn demnächst durch die Verordnung vom 6. Februar 1855 die Fristen ganz allgemein abgekürzt sind, diese Bestimmung, in so weit sie über die Vorschriften der gedachten Specialgesetze hinausgeht, auch auf die Klagen aus Stadtbuchschriften und Hypothekenscheinen anzuwenden ist, weil eines Theils nicht angenommen werden kann, daß diese schon nach dem früheren Rechte bevorzugten Klagen von dem jetzt zur Regel gemachten rascheren Verfahren haben ausgeschlossen werden sollen, und anderen Theils der Inhaber einer Stadtbuchschrift oder eines Hypothekenscheins schon aus der dem Intabulationsdocumente angehefteten Schuldurkunde das raschere Verfahren aus der Verordnung vom 6. Februar 1855 in Anspruch zu nehmen berechtigt sein würde.

Für das Verfahren bei den Niedergerichten ist dies ohnehin durch die Bestimmung sub 2 des Publicationspatents ausgesprochen, und ist nicht abzusehen, weshalb dies für die Justiz-Canzleien anders sein sollte. Daher kann auch aus dem Umstande, daß jene Vorschrift in der Verordnung, betreffend das Verfahren bei den Justiz-Canzleien, nicht besonders wiederholt ist, nicht geschlossen werden, daß für das Verfahren bei den Letzteren etwas Anderes habe vorgeschrieben werden sollen.

Daß die neue Stadtbuch-Ordnung vom 21. December 1857 die Klagen aus Stadtbuchschriften durch die Bestimmungen im §. 29 noch weiter begünstigt, bestätiget gerade, daß die früheren Fristbestimmungen lediglich eine Begünstigung der mehrgedachten Klagen gegen die damals geltende Regel bezweckten.

7. (Ka. 1131/1860). Als die verwittwete K. zu L. bei dem dortigen Gerichte wider den Regierungsfiscal Geheimen Canzleirath M. eine Provocatio ad agendum erhob, setzte das genannte Gericht einen proceßordnungsmäßigen Verhandlungstermin an, lud den Provokaten dazu mittelst einer demselben durch die Post zugesandten Verfügung und hielt diese unmittelbare Ladung auch in einem Inhäsivdecrete gegen eine Vorstellung aufrecht, in welcher der Provokat die Ansicht geltend gemacht hatte, daß er nur durch Requisition der competenten Justiz-Canzlei hätte geladen werden dürfen. Die von ihm sodann bei der Justiz-Canzlei zu Schwerin erhobene Querel hatte die Folge, daß das durch die fragliche unmittelbare Ladung eröffnete Verfahren für nichtig erklärt wurde, und das Oberappellationsgericht bestätigte auf weitere Querel der Provokantin unterm 27. Juni 1861 diese Entscheidung zweiter Instanz unter Hervorhebung nachstehender Sätze:

Gestattet freilich der §. 31 der Verordnung vom 6. Februar 1855 Insinuationen außerhalb des Gerichtsbezirkes, so fügt das Gesetz doch ausdrücklich die Beschränkung hinzu: „in so fern es dazu nicht der Requisition des zuständigen Gerichtes bedarf", und kann daher nicht die in dem früheren Rechte feststehende Regel für aufgehoben erachtet werden, nach welcher Niedergerichte ungeachtet ihrer Competenz für den in Frage stehenden Rechtsstreit einer nicht ihrem Gerichtszwange unterworfenen Person, bevor dieselbe als Partei aufgetreten ist, nicht unmittelbar Befehle zugehen lassen können, sondern deren Gestellung und Vorladung, so lange sie noch keine Vorträge in der Sache gemacht hat, durch Requisition ihres ordentlichen Richters zu erwirken haben. Wegen Nichtbeobachtung dieser nothwendigen Form ist daher das gegen den Provokaten eingeleitete Verfahren mit Recht als nichtig cassirt.

---

## 9.

## **Ueber die Beweislast bei einer auf Tit. VIII. art. VII. der Consistorial-Ordnung gegründeten Scheidungsklage.** Ho. 715/1860.

In dem angegebenen Falle verlangte der klagende Ehemann, von seiner im Jahre 1858 mit der Beklagten geschlossenen Ehe ledig gesprochen zu werden, weil ihm die (demnächst eingeräumte) Thatsache, daß die Frau im Jahre 1852 ein uneheliches Kind geboren habe, zur Zeit der Eheschließung unbekannt gewesen sei. Da die Beklagte dies bestritt, so legte der erste Richter ihr den Beweis auf, „daß schon vor Eingehung der Ehe dem Kläger es bekannt geworden, daß sie, die Beklagte, mit einem anderen Manne bereits geschlechtlichen Umgang gepflogen"; es sollte jedoch genügen, wenn sie nur die von ihr besonders aufgestellte Behauptung bewiese, „Kläger habe während des Brautstandes ihr vorgehalten, daß sie nach dem Gerede der Leute bereits mehrmals von einem Kinde entbunden sei:

Beide Theile appellirten; Beklagte, weil ihr die Beweislast aufgebürdet sei, Kläger, weil er die zweite Beweisalternative für irrelevant hielt. Das Oberappellationsgericht bestätigte indessen durch Bescheid vom 10. September 1860 aus folgenden Gründen:

Der vorige Richter ist bei Vertheilung der Beweislast und Regulirung der Beweissätze davon ausgegangen, daß ein Mann, der eine bis dahin nicht verheirathet gewesene Frau zur Ehe nehme, deren unbefleckte Jungfräulichkeit ohne Weiteres voraussetzen und stillschweigend zur Bedingung seines Eheconsenses machen dürfe. Beide Sätze rechtfertigen sich schon durch die Erwägung, daß jeder gesittete Mensch auf den hervorgehobenen Umstand regelmäßig entscheidendes Gewicht legt, daß es aber in Ermangelung positiver Verdachtsmomente weder üblich ist, noch wohlanständig sein würde, diesen Punkt bei der Eheberedung zur Sprache zu bringen, oder hinter dem Rücken der Frau besondere Nachforschungen darüber anzustellen. Auch ist aus Tit. VIII. art. VII. §. 2 der Con-

sistorial-Ordnung zu entnehmen, daß der Mann, welcher ob defectum virginitatis ledig gesprochen zu werden begehrt, fundatam intentionem habe, wenn die That, daß nämlich die Frau vor der Ehe von einem Anderen geschwächt worden, einbekannt oder bewiesen sei. Demnach ist es Sache der Frau, zur Elidirung einer so begründeten Klage Thatsachen anzuführen und eventuell zu beweisen, welche den einen oder anderen der beiden obigen Sätze im gegebenen Falle als unanwendlich erscheinen lassen, und daraus folgt denn, daß die Beklagte den Beweis ihrer unstreitig relevanten Behauptung, der Kläger habe schon bei Eingehung der Ehe um den Mangel ihrer Virginität gewußt, also das Gegentheil nicht stillschweigend voraussetzen können, übernehmen muß, ihre erste Beschwerde mithin ohne Grund ist.

Eben so unbegründet ist aber auch die einzige Beschwerde des Klägers. Denn wenn die Beklagte den ihr sub 2 der sententia a qua aufgegebenen Beweis erbringt, so liegt vor, daß ihm schon während des Brautstandes verdächtigende Gerüchte zu Ohren gekommen waren, welche ihn, wenn er auf die Jungfräulichkeit seiner Braut entscheidenden Werth gelegt hätte, ohne Zweifel veranlaßt haben würden, sich bei ihrer ausweichenden oder ablehnenden Antwort nicht zu beruhigen, sondern sich anderweit die leicht zu erlangende Gewißheit zu verschaffen. Unterließ er Dies und constatirte er die Thatsache, daß seine Frau ein uneheliches Kind gehabt habe, erst, nachdem er die Unwahrheit ihrer Angaben über ihre Vermögensverhältnisse entdeckt hatte, so gab er damit unzweideutig zu erkennen, daß ihm an ihrem Vermögen Mehr, als an ihrer weiblichen Ehre gelegen gewesen sei.

---

## 10.

## Ueber den Anfang der Beweisfrist im Fall einer dem Gegner der beweispflichtigen Partei zur Erledigung verzögerlicher Einreden gemachten Auflage.

Be. 903/1859.

Der Querelbescheid des Oberappellationsgerichts vom 23. Juli 1859 enthält den nachstehenden Ausspruch:

Die Vorschrift des §. 15 nr. 3 der Verordnung vom 6. Februar 1855, betreffend das Verfahren bei den Niedergerichten in Civilsachen — wonach der Lauf der Beweisfrist am ersten vollen Tage Mittags 12 Uhr beginnt, „nachdem die dem Gegner zur Erledigung verzögerlicher Einreden gemachte Auflage erfüllt, und Dies gerichtlich zur Kenntniß der beweispflichtigen Partei gebracht worden ist"; — kann nur als gesetzliche Anerkennung eines schon seit den Verordnungen vom 29. Juli 1786 und vom 17. Februar 1802 befolgten, wenn auch nicht völlig befestigten, Gerichtsgebrauches (cfr. von Kamptz, Handbuch des Mecklenburg. Civilprocesses, 2. Ausg. §. 75 nr. I.) aufgefaßt werden, und muß deshalb auch den Justiz-Canzleien zur Norm dienen, obgleich nicht ausdrücklich verordnet ist, daß der erwähnte §. 15 auf das Verfahren bei denselben gleichfalls Anwendung finde. Eine solche ausdrückliche Bestimmung wäre nämlich nur dann erforderlich gewesen, wenn es sich um eine neue von dem früheren Verfahren ganz abweichende Vorschrift handelte, was hier nicht der Fall ist. Auch fehlt es bei der ausgesprochenen Absicht der Legislation, eine Gleichförmigkeit des Verfahrens bei den Justiz-Canzleien und den Niedergerichten so weit thunlich herbeizuführen, an haltbarer Grundlage für die Voraussetzung, daß solche Gleichförmigkeit in Bezug auf den Anfang der Beweisfrist, also gerade in einer Beziehung, wo ihr sichtlich Nichts entgegenstand, dennoch nicht habe eintreten sollen.

---

## 11.

## Zur Lehre von der Rechtskraft der Beweisinterlocute. Ueber den Beweis historischer Thatsachen.

Su. 1174/1856.

Der venetianische Feldmarschall Graf S. hatte durch ein im Jahre 1740 zu Venedig errichtetes Testament ein Familienfideicommiß, dessen Object seine in Deutschland belegenen Güter waren, gestiftet, und dabei angeordnet, daß der jeweilige Inhaber desselben einem Mitgliede der gräflich O.'schen Familie zu einem bestimmten Zwecke eine jährliche Rente von 200 Thlr. zahlen sollte. Im Jahre 1856 wurde der derzeitige Fideicommißbesitzer rechtskräftig verurtheilt, dem Grafen O. auf B. diese Rente auf eine festgesetzte Reihe von Jahren zu entrichten, wenn der Kläger seine streitig gebliebene Behauptung, „daß nach dem in Venedig zur Zeit der Errichtung des Testaments geltenden Münzfuße 1 Thaler den Werth von 1 Thaler 8 Schilling (1$^1/_6$ Thaler) Preuß. Courant oder wie viel weniger gehabt habe". Der Kläger denominirte als Sachverständigen den Generalmünzwardein Kandelhardt in Berlin, der bereits früher in einem während des ersten Verfahrens zu den Acten gekommenen Erachten seine Ansicht ausgesprochen hatte und nun nach vorgängiger Beeidigung wiederholt erklärte, es seien im Jahre 1740 zu Venedig Münzen unter dem deutschen Namen „Thaler" überall noch nicht gangbar gewesen, es unterliege aber wohl keinem Zweifel, daß der deutsche Erblasser das Wort im deutschen Sinne gemeint, mithin den sog. Leipziger Münzfuß vor Augen gehabt habe, wonach 1 Thaler dem Werthe von 1$^1/_6$ Thaler jetziger Währung entspreche. Daraufhin wurde die Rente von der Justiz-Canzlei zu Schwerin auf den Betrag von 233$^1/_3$ Thaler fixirt. Der Beklagte appellirte und suchte zu zeigen, daß der Beweis, der durch einen Experten ohnehin nicht vollständig geführt werden könne, für gänzlich verfehlt schon deshalb zu achten sei, weil es nach dem rechtskräftigen Interlocute nur auf den Werth des Thalers nach venetianischem Münzfuße ankomme, sich nun

aber ergeben habe, daß danach die zu entrichtende Summe nicht bestimmbar sei. Das Oberappellationsgericht bestätigte indessen aus folgenden Gründen:

Wenn bei einem Geldvermächtnisse Zweifel darüber entstehen, welche von mehreren gleichnamigen Münzsorten der Erblasser gemeint habe, so soll nach l. 50 §. ult. D. de legatis I. (30) zunächst auf die ihm persönlich eigen gewesene Ausdrucksweise, und sodann auf den Sprachgebrauch der Gegend, in welcher er seinen Verkehr hatte, gesehen werden. Im vorliegenden Falle hat der Richter hienach angenommen, der venetianische Feldmarschall Graf S. werde bei der Anordnung eines in Thalern festgesetzten Rentenlegates die in Venedig unter diesem Namen damals gangbare Münze im Sinne gehabt haben: es ist deshalb vom Kläger der Beweis gefordert worden, daß nach dem in Venedig zur Zeit der Testamentserrichtung (1740) geltend gewesenen Münzfuße 1 Thaler dem libellirten Werthe von 1 Thaler 8 Schilling Preuß. Cour., oder welchem geringeren, entsprechend gewesen sei. Ergiebt sich nun hinterher, daß zu jener Zeit Geldstücke venetianischen Gepräges unter dem deutschen Namen Thaler noch nicht vorhanden gewesen sind, und daß auch nach einer fremden Münze dieses Namens im dortigen Verkehr nicht gerechnet worden ist, daß also die Fassung des Beweissatzes auf einer unrichtigen, übrigens vom Kläger nicht veranlaßten Voraussetzung beruhet, so folgt daraus allein noch nicht, daß der Beweis für verfehlt erklärt, und demgemäß die Klage angebrachtermaßen abgewiesen werden mußte. Denn die Beweisauflage hatte nur den Zweck, den jetzigen Werth des vom Testator bezielten Thalers zu ermitteln, und das negative Resultat ist völlig geeignet, diesem Zwecke zu dienen, indem es nothwendig zu der weiteren Frage führt, welche anderen Thaler in Ermangelung venetianischer der Testator gemeint haben könne, und da nun unter den gegebenen Umständen Alles darauf hinweist, daß er den deutschen Ausdruck im Sinne des derzeitigen deutschen Münzwesens verstanden haben wolle, so liegt ein zwar nicht dem Wortlaute aber doch dem Sinne des

Interlocuts völlig entsprechender, mithin ein äquipollenter Beweis vor, wenn mit jenem negativen Ergebnisse zugleich der Werth des im Jahre 1740 geltend gewesenen deutschen Thalers festgestellt ist.

Zur Erbringung des ihm auferlegten Beweises hat der Kläger sich lediglich auf die Autorität des Königlich Preußischen Generalmünzwardeins Kandelhardt berufen, welcher, nachdem er sich schon in dem als Anlage A ad [10] prior. beigebrachten Exposé erklärt hatte, die einschlagenden Fragen nochmals nach vorgängiger Beeidignng ad [39] ibid. schriftlich beantwortet hat. Die amtliche Stellung dieses Mannes berechtigt zu der Erwartung, daß derselbe die Geschichte des deutschen Münzwesens kenne, jedenfalls die zur Erlangung der hier erforderlich gewesenen Kenntnisse nöthigen literarischen Hülfsmittel besitze, und der Einwand, daß die Aussage eines Mannes keinen vollen Beweis liefern könne, ist deshalb unzutreffend, weil es sich hier weder um einen Zeugenbeweis, noch um die Erlangung eines Urtheils von Sachverständigen handelt, sondern einfache geschichtliche Thatsachen in Frage stehen, bei deren Ermittelung der Richter an die Regeln des civilprocessualischen Beweises nicht gebunden ist. Solche historische Facta werden überhaupt nicht für den Zweck eines einzelnen Privatrechtsstreits erst bewiesen, und eine auf deren Bewahrheitung gerichtete Beweisauflage hat immer nur den Sinn, daß die beweispflichtige Partei dem Richter, der selbst nicht in der Lage ist die nöthigen Nachforschungen anzustellen, die Mittel zur Erlangung sicherer Nachrichten verschaffen solle. Daß nun der vorige Richter den Kandelhardtschen Angaben ohne Weiteres gefolgt ist, gereicht dem Appellanten in keiner Weise zur Beschwerde. Zuvörderst hat es nur an ihm gelegen, daß nicht noch ein zweiter Sachkenner, zu dessen Benennung er ad [24] prior. ausdrücklich aufgefordert war, zu Rathe gezogen ist, und sodann hatte Kandelhardt sich mit solcher Sicherheit ausgesprochen, daß judex a quo annehmen durfte, die gegebenen Notizen seien in der Geschichte der Münzkunde ganz zweifellos, wie Dies denn auch in der That der

Fall ist. Ueber die zu Venedig im vorigen Jahrhunderte gangbar gewesenen Münzen ist unter Anderen zu vergleichen: Fließbach, Münzsammlung, Erläuterung zu Tafel 119. Daß die dort begegnenden tolleri erst seit 1756 nach dem Muster der Oesterreichischen Speciesthaler im Werthe von 2 Gulden Conventions-Münze, und zwar lediglich für die Zwecke des Levantischen Handels geprägt worden sind, bezeugt Schmieder im Handwörterbuche der gesammten Münzkunde s. v. tollaro. In Betreff der deutschen Münzverhältnisse ist aus Eichhorns deutscher Staats- und Rechtsgegeschichte Bd. 4, §. 592 not. c. der 5. Ausgabe (cfr. §. 530 not. l.) allgemein bekannt, daß der 1690 zwischen Sachsen, Brandenburg und Braunschweig vereinbarte, sog. Leipziger Fuß, wonach die Mark fein zu 18 Gulden oder 12 Thalern ausgebracht werden sollte, im Jahre 1738 zum Reichsmünzfuße erklärt wurde und zur Zeit der Errichtung des Gräflich v. S.'schen Testamentes schon seit 2 Jahren in ganz Deutschland gesetzliche Geltung hatte.

Cfr. v. Praun, Gründliche Nachricht vom Münzwesen, Seite 131 ff.

Ist nun auch die allgemeine Einführung dieses Münzfußes in ganz Deutschland nicht gelungen, derselbe vielmehr seit der Mitte des Jahrhunderts in Süddeutschland durch den sog. Conventions- oder 20 Guldenfuß, und in Preußen durch den Graumannschen 21 Guldenfuß verdrängt worden, so gab es doch 1740 noch keinen anderen, der auf öffentliche Anerkennung Anspruch gehabt hätte, und es muß daher dieser Münzfuß, welcher in Mecklenburg in der sog. Neunzweidrittelwährung bis in die neueste Zeit gegolten hat, für das fragliche Rentenlegat normiren.

---

## 12.

## Zeugnißunfähigkeit der Ascendenten und Descendenten. Si. 1229/1858.

Der Querelbescheid des Oberappellationsgerichts vom 14. Juli 1859 führt Folgendes aus:

Wenn es auch in den Quellen des römischen Rechts an einem Ausspruche darüber fehlt, daß der Satz der l. 9 D. de testibus (22, 5), nach welchem weder der Vater für den Sohn, noch der Sohn für den Vater ein tauglicher Zeuge ist, ohne Rücksicht auf die Fortdauer der väterlichen Gewalt anzuwenden sei, so sprechen doch nicht allein überwiegende innere Gründe für diese, von der Mehrzahl der Juristen angenommene und durch die Praxis gebilligte Ansicht, sondern es dient auch zur Unterstützung derselben, daß die Regel der l. 6 C. de testibus (4, 20) von den Kaisern in Rücksicht auf das Verhältniß beider Eltern, und also ganz unabhängig von der patria potestas hingestellt wird. Läßt das Gesetz nämlich Eltern und Kinder nicht einmal mit ihrem Willen gegen einander als Zeugen zu, werden dieselben folglich im Falle der Production gegen einander rechtlich als unfähige Zeugen behandelt, so erfordert die Consequenz das Gleiche im Falle der Production derselben für einander, da die Pflicht des Zeugen zum Aussagen der Wahrheit unverändert dieselbe bleibt, von welcher Partei auch die Berufung auf sein Zeugniß ausgegangen sein mag. Das im Vorstehenden mit Bezug auf die l. 6 C. cit. gewonnene Resultat der Zeugnißunfähigkeit der parentes et liberi ist in Beihalt der Interpretationsregel der l. 51 D. de verborum significatione (50, 16) unbedenklich auf die beiderseitigen Ascendenten aller Grade auszudehnen, indem es bei der rücksichtlich dieses Punktes Statt findenden gleichen Behandlung des Vaters und der Mutter insbesondere an allem Grunde dafür fehlen würde, die Zeugnißfähigkeit des väterlichen Großvaters anders zu beurtheilen, als diejenige des mütterlichen Großvaters.

---

## 13.

## Die Ehefrau ist eine verdächtige, aber nicht unfähige Zeugin. Wo. 372/1841.

Das Oberappellationsgericht sprach sich in dem Querelbescheide vom 24. Januar 1842 über den vorstehenden Satz folgender Maßen aus:

Ein Gesetz, welches das Zeugniß der Ehefrau für den Ehemann schlechthin verwirft, giebt es nicht; der Ausspruch der l. 3 C. de testibus (4, 20) kann auf dieselbe deshalb nicht bezogen werden, weil — nach Ulpian. fragm. XX. 3, §. 9 I. de testam. ord. (2, 10), l. 6 pr. D. quod cujusc. univers. nom. (3, 4) l. 11 §. 1 D. de poenis (48, 19), l. 6 §. 5 C. de his, qui ad eccles. confug. (1, 12), l. 6 C. de quaestionib. (9, 41); verglichen mit l. 6 D. de testibus (22, 5) — domestici testes nur die, dem jus oder sonst dem häuslichen Befehle des Producenten Unterworfene sind, zu welchen die Ehefrau desselben nicht gehört. Dieselbe kann daher nur wegen ihres allgemeinen nahen Interesses für den Ehemann, nach Lage der Sache, als mehr oder weniger verdächtig betrachtet werden.

---

## 14.

## Anerkennung von Urkunden durch Zeugen. Wa. 697/1861.

Aus dem Bescheide des Oberappellationsgerichts vom 7. October 1861:

Die Zulässigkeit einer recognitio documentorum per testes ist allerdings bestritten, und eine gesetzliche Vorschrift, welche sie für statthaft erklärt, nicht vorhanden. Eben so wenig aber existirt auch eine entgegengesetzte gesetzliche Bestimmung, und ist dieselbe namentlich auch durch die Vorschriften über den Beweis der Echtheit durch Schriftver-

gleichung nicht als ausgeschlossen anzusehen. Im Uebrigen ist freilich nicht zu verkennen, daß bei einer solchen Beweisführung der Ausspruch der Zeugen nur auf einer Vergleichung der in Frage stehenden Handschrift mit anderen, ihnen früher zu Gesichte gekommenen Handschriften beruhet, also im Wesentlichen eine Schriftvergleichung nach der Erinnerung ist. Es läßt sich jedoch nicht leugnen, daß Personen, welche durch eine langjährige Erfahrung mit der Handschrift einer Person in ihren verschiedenartigen Nüancen vertraut geworden sind, und denen sich in Folge Dessen gerade das Charakteristische der fraglichen Handschrift besonders einprägt, nicht selten mit Sicherheit über die Echtheit einer angeblich von derselben Person herrührenden Scriptur zu urtheilen im Stande sind; und es kann daher im Interesse der Wahrheit und des materiellen Rechtes die fragliche Art der Beweisführung nicht schlechthin verworfen werden, wenngleich allerdings bei der Abwägung des den Aussagen beizumessenden Werthes die besondere Natur dieses Beweismittels nicht unberücksichtigt bleiben darf.

Vergl. Seuffert, Archiv, Bd. 1. Nr. 139.

---

## 15.

## Ueber die Ausübung des Amtes eines Notarius in Verwandtschaftsfällen.

Das Oberappellationsgericht führt in dem unterm 22. Mai 1861 an das Justizministerium zu Schwerin abgestatteten Berichte Folgendes aus:

In Gemäßheit des hohen Rescripts vom 27. Februar d. J. haben wir darüber eradtlich zu berichten, ob und welche Verwandtschaft mit dem Requirenten oder einer Partei den Notarius an Ausübung seines Amtes verhindert.

Nach dem §. 15 der Notariats-Ordnung von 1512 sind die Notarien vermöge ihres zum gemeinen Nutzen eingeführten Amtes schuldig den Requisitionen Folge zu leisten, vor-

ausgesetzt, daß Letztere aufrichtige ziemliche und nicht verbotene Geschäfte betreffen. Ein Edict Carls V. vom 3. August 1548 untersagte ihnen, in Sachen, darin sie als Notarius gebraucht worden, zu solicitiren und zu procuriren (Oesterley, das deutsche Notariat, Thl. 1, Seite 513). Die Cammergerichts-Ordnung von 1555, Thl. 1 Tit. 39 §. 2, wiederholte dieses Verbot. Dasselbe scheint jedoch in Mecklenburg keinen Eingang gefunden zu haben. Dagegen dürfen nach der einheimischen Verordnung vom 2. Februar 1792 die Advocaten, die zugleich Notarien sind, in denjenigen Sachen, worin sie eine Partei vertreten, nicht als Notarien fungiren, indem es als sträflicher Mißbrauch des dem Notariatamte anvertraueten öffentlichen Glaubens bezeichnet wird, wenn dasselbe zur Ablegung eines Zeugnisses in eigener Sache oder in Angelegenheiten einer Partei, die der Notar in anderer Eigenschaft vertritt, benutzt wird.

Anderweitige ausdrückliche Beschränkungen der Verpflichtung und Berechtigung zur Ausübung des Notariats, die stets eine Rogation voraussetzt, sind nicht vorhanden. Wenn aber

1. im §. 2 der Notariats-Ordnung vorgeschrieben ist:

> daß Niemand, der in Rechten zu zeugen, verworfen worden, zum Notariatamte zugelassen werden soll, weil die Notarien anstatt der Zeugen gebraucht werden,

so wird der angestellte Notar auch in Sachen, für welche er ein inhabiler Zeuge sein würde, Requisitionen abzulehnen haben. Aus der Unstatthaftigkeit der Beeidigung eines testis inhabilis folgt in Anwendung auf den in gleichem Falle sich befindenden Notar, daß der geleistete Amtseid unwirksam ist, und kann daher das Instrument, welches er in Angelegenheiten seines Ascendenten oder Descendenten aufgenommen hat, auf Glaubwürdigkeit keinen Anspruch machen. Die angeführte Bestimmung der Verordnung vom 2. Februar 1792 beruht auf demselben Princip und hat davon das bei Raabe, Bd. 6 Seite 32, abgedruckte Regiminal-Rescript vom 8. November 1838 entsprechende Anwendung gemacht.

2. Etwas anders steht es bei Seitenverwandten und Verschwägerten, in so weit man nicht, was Letztere anlangt, annimmt, daß in gerader Linie Verschwägerte inhabile Zeugen seien, worauf das in Seuffert, Archiv, Bd. 5, Seite 82, mitgetheilte Präjudiz sich gründet. Was die Notariat-Ordnung aus der absoluten Verwerflichkeit des Zeugnisses ableitet, läßt sich wohl bei relativer Unfähigkeit anwenden, aber nicht auf Verhältnisse, die einen Zeugen bloß verdächtig machen und dessen Beeidigung zulassen. Keinesweges stellt das Gesetz die Notarien den Zeugen gleich, wenn es auch in den §§. 2 und 10 a. E. sagt, daß jene ebenso wie diese zur Bekundung gebraucht werden. Gegen die Identificirung schützt die amtliche Stellung, wie es denn auch klar ist, daß die Unterwerfung der Glaubwürdigkeit von Notariats-Instrumenten unter die Regeln des Zeugenbeweises denselben in Ansehung der Verrichtungen, welche der Notar selbst kraft seines Amtes vorgenommen, fast alle Beweiskraft nehmen würde.

Anderer Seits muß aber — wie es auch die Verordnung vom 2. Februar 1792 thut — berücksichtigt werden, daß mit dem öffentlichen Vertrauen, welches das Amt genießen soll, unverträglich ist, wenn es in Angelegenheiten der nächsten Verwandten ausgeübt wird, und darauf stützen wir, daß — was sich hinsichtlich der Geschäfte der Ehefrau, auch abgesehen von L. 3 C. de testibus (4, 20) und l. 10 de jurisdict. (2, 1) von selbst versteht — der Notar für Geschwister und Verschwägerte in gerader Linie von seinem Amte keinen Gebrauch machen sollte.

Ohne Streit sind indessen diese Punkte nicht, wie aus

Oesterley a. a. O., Thl. 2, Seite 257—263,

erhellt. Er selbst billigt die Sätze theoretisch nicht, giebt jedoch zu, daß die Praxis sich zu ihnen hinneige. Dagegen hält

Quistorp, rechtliche Bemerkungen, Thl. 1, Seite 109,

die Ausschließung der notariellen Concurrenz von den Geschäften der Geschwister für unbedenklich.

Weiter scheint die gemeine Praxis nicht gegangen zu sein und wir können keines Falls die Grenze überschreiten, bis zu

welcher in Gemäßheit der einheimischen Verordnung vom 17. October 1835 (Officielles Wochenblatt, Stück 43) die Mitglieder der landesherrlichen Administrativ-Behörden in Angelegenheiten ihrer Angehörigen ihr Amt zu verwalten haben, so daß der Notar sich zwar für Blutsverwandte und Verschwägerte des ersten und zweiten Grades civiler Computation der Amtsverrichtungen zu enthalten hat, weiter jedoch nicht.

3. Der propria causa des Verwandten steht diejenige gleich, welche er als Tutor oder Curator oder als Administrator einer Stiftung zu besorgen hat. Acte, welche den Vormund controliren sollen, beziehen sich geradezu auf seine Person, und hat das Oberappellationsgericht aus diesem Grunde in dem Bescheide vom 6. Mai 1861 (Ro. 627) den Recurs eines Vormundes, welcher — weil er zur Aufnahme des Inventariums über das Curatelvermögen seinen Sohn als Notarius adhibirt hatte — von der Justiz-Canzlei zu Güstrow angewiesen war, ein anderweitiges rechtsbeständiges Inventarium einzureichen, als unbegründet verworfen. Dasselbe gilt überall, wo die persönliche Verantwortlichkeit des Vormundes concurrirt. Aber auch sonst erscheint er vermöge der ihm zustehenden vollen und selbständigen Vertretung des Curanden als Partei — — —.

Ganz anders ist das Verhältniß des Rechtsbeistandes einer Partei, und wir können es nicht mit Quistorp a. a. O. beloben, wenn Gerichte darauf halten, daß der Sachwalt sich des Bruders oder eines anderen nahen Anverwandten als Notarius nicht bediene. Hierauf führt uns keine Analogie. Die Verordnung vom 10. Februar 1843, wegen Nichtausübung des Richteramtes in Verwandtschaftsfällen, scheint uns nicht zu passen, weil die richterliche Thätigkeit eine ganz andere ist, als die notarielle, und namentlich auch auf Beurtheilung der Vorträge des Sachwaltes geht. Näher liegt die Berücksichtigung der gedachten Verordnung vom 17. October 1835, und diese erlaubt den Administrativ-Beamten nicht, sich wegen Verwandtschaft mit dem Advocaten der Partei der

Theilnahme an den Geschäftsverhandlungen zu entziehen. Da nun Verwandtschaft mit dem Rechtsbeistande einer Partei nicht einmal den Zeugen verdächtig macht, so sehen wir keinen Grund, den Notarius von Ausübung seines Amtes bloß deshalb abzuhalten, weil der lediglich als Sachwalt fungirende Requirent ihm nahe verwandt ist. Wo es sich um Lieferung bloßer Bescheinigungen handelt, wie bei Insinuationsdocumenten und Zeugenabhörungen, kann das Verhältniß vollends keinen Anstoß erregen.

4. Daß der Sohn bei dem Testamente des Vaters, wie dieser bei dem des Sohnes, wenn nicht das Band der väterlichen Gewalt entgegensteht, wirksam als Zeuge zugezogen wird und die Notariats-Ordnung II, §. 2 den dazu rogirten Notar zu den Zeugen zählt, folglich demselben hier ungeachtet des gedachten Verhältnisses die Ausübung seines Amtes einräumt, bedarf wohl nur der Andeutung — —.

---

## 16.

### Ueber die Pflicht zur Edition von Urkunden.

1. (Ro. 600/1859). Die Schlachterzunft zu R. hatte seit einer langen Reihe von Jahren eine der dortigen Stadtgemeinde gehörige Wiese in Pacht gehabt und war nach vorgängiger Aufkündigung dieses Verhältnisses vom Magistrate auf Räumung belangt worden. Zur Widerlegung des Einwandes, daß die Wiese in Erbpacht gegeben sei, bezog sich Kläger u. A. auf die bisher von ihm ertheilten von der Beklagten angenommenen Pachtzinsquittungen, deren Inhalt auf eine gewöhnliche Zeitpacht hinweise. Die Beklagte weigerte sich, diese Urkunden zu ediren, wurde aber dazu verurtheilt. Der bestätigende Bescheid des Oberappellationsgerichts vom 8. März 1860 ist so begründet:

Wiewohl Quittungen zunächst nur den Zweck haben, als Beweismittel gegen den Aussteller zu dienen und daher

ihrer Form nach als ein einseitiges Empfangsbekenntniß sich darstellen, so enthalten sie doch auch Andeutungen über das zu Grunde liegende Rechtsverhältniß, und können deshalb, wenn hierüber später Streit entsteht, auch für den Aussteller beweisen, aus welchem Grunde er unter der durch Annahme der Urkunde stillschweigend ausgedrückten Genehmigung des Zahlenden die Zahlung angenommen habe:

cfr. Linde, in der Zeitschrift für Civilrecht und Proceß, Bd. 1, S. 220 ff.

Daß dies rechtliche Interesse genüge, ihm einen Anspruch auf Einsicht der ertheilten Quittung zu gewähren, ist aus der l. 19 C. de fide instrumentorum (4, 21) allerdings zu entnehmen, da hier dem Gläubiger sogar die Befugniß eingeräumt wird, von dem zahlenden Schuldner eine den Inhalt der Quittung wiedergebende Gegenquittung zu verlangen, wobei noch besonders hervorgehoben wird, daß es ihm nicht zum Nachtheile gereichen solle, wenn er versäumt habe, diese Vorsichtsmaßregel anzuwenden. Damit ist deutlich ausgesprochen, daß die Quittung, obgleich sie dem Schuldner eingehändigt und übereignet werde, doch ihrem Inhalte nach als eine gemeinschaftliche Urkunde anzusehen sei und daß die Gegenquittung den vorsichtigen Gläubiger nur gegen die Vernichtung oder den zufälligen Verlust der Quittung schützen solle.

Dagegen wurde ein anderes Editionsgesuch, welches die beklagte Schlachterzunft in demselben Processe rücksichtlich einer Reihe von Magistratsacten gestellt hatte, vom Oberappellationsgericht mittelst Bescheides vom 29. September 1859 in Uebereinstimmung mit dem Gerichte erster Instanz aus folgenden Gründen verworfen:

Die Urkunden, deren Edition der Kläger deshalb verweigert hat, weil dieselben städtische Interna betreffen, beziehen sich auf Verhandlungen, welche der Kläger nicht in seiner Eigenschaft als Ortsobrigkeit, sondern als Vertreter des Communalvermögens theils mit der städtischen Kämmerei, theils mit der Bürgerschaft, theils mit dritten Privatper-

sonen gepflogen hat und können daher als öffentliche Acten nicht angesehen werden. Daß in diesen Actenstücken Aeußerungen über das streitige Rechtsverhältniß vorkommen mögen, macht dieselben noch nicht zu gemeinschaftlichen Urkunden im Sinne der l. 7 C. de edendo (2, 1) und ebensowenig gehören dieselben zu denjenigen Urkunden, welche der Kläger als solcher nach l. 5, 6, 8 C. eod. dem Beklagten zu ediren hat.

2. (La. 419/1852). Aus dem Bescheide des Oberappellationsgerichts vom 16. September 1852:

Administrativacten erhalten nicht schon dadurch allein den Charakter gemeinschaftlicher Urkunden, daß sie die Rechtsverhältnisse von Privatpersonen berühren. Dies wird auch dadurch nicht geändert, daß das Verhältniß, welches sie betreffen, später Gegenstand eines Rechtsstreites wird. Daraus daß einzelne Actenstücke den Charakter gemeinschaftlicher Urkunden haben, folgt die Verpflichtung zur Edition der gesammten Acten nicht, vielmehr sind — solche Actenstücke, deren Edition aus dem Grunde ihrer Gemeinschaftlichkeit oder aus einem anderen Grunde gefordert werden darf, bestimmt zu bezeichnen, und ist dann über die Editionspflicht für jede Urkunde besonders zu entscheiden.

3. (Ee. 168/1855). Der Kammerherr v. S. klagte bei der Justiz-Canzlei zu Güstrow wider den Hofrath E. zu R. auf Edition des Conceptes einer zwischen ihm — dem Kläger — und seiner Ehefrau abgeschlossenen Eheberedung, indem er anführte: Der Beklagte habe in seiner Eigenschaft als Advocat die fragliche Eheberedung ausgearbeitet, welche nach erfolgter beiderseitiger Genehmigung in's Reine geschrieben und von beiden Theilen vollzogen sei. Er — Kläger — habe die ihm zugestellte Reinschrift nicht mehr, es sei ihm aber sehr daran gelegen, den Inhalt genau zu kennen, und gerade der Beklagte besitze (nach Ausweis einer beigebrachten Bescheinigung) noch das Concept der Ehepacten.

In der Exceptionsschrift gestand der Beklagte zu, vor vielen Jahren eine Eheberedung zwischen dem Kläger und dessen

jetziger Ehefrau ausgearbeitet zu haben; dem Concepte fehle die Jahreszahl und das Datum. Auch könne er sich mit Bestimmtheit nicht darüber erklären, ob es genehmigt worden, und ob die Reinschriften demselben entsprochen und vollzogen seien. Er leugne aber, daß er die Arbeit als Advocat und im Auftrage des Klägers besorgt habe. Bis zur Verheirathung der Ehefrau des Klägers habe er für dieselbe und deren Mutter die Geschäfte, in denen sie eines Rathes bedurft, mehr als Familienfreund als gegen Honorar besorgt. Auch für diese Arbeit finde sich in seinem Advocaturbuche kein Ansatz. Demnach könne er das Concept nur als ein privatives Eigenthum betrachten und dasselbe jedenfalls nicht ohne Zustimmung der Ehefrau des Klägers dem Letzteren zugänglich machen.

Das nach Eingang der Replik gesprochene Urtheil der Justiz-Canzlei zu Güstrow vom 23. October 1855 verurtheilte den Beklagten zur Edition des fraglichen Conceptes und wurde vom Oberappellationsgericht durch die Querelentscheidung vom 28. Januar 1856 bestätigt, deren Gründe also lauten:

Da er — Beklagter — zugestanden hat, daß er beauftragt gewesen, eine Eheberedung zwischen dem Kläger und dessen Ehefrau auszuarbeiten und den demgemäß von ihm gemachten Entwurf noch besitze, auch vorliegt, daß eine solche Eheberedung zu Stande gekommen ist, und Beklagter nicht hat behaupten können, daß sein Entwurf verworfen worden sei, und die geschlossene Eheberedung mit dem Concepte, welches er aufbewahrt hat, nicht übereinstimme, vielmehr sich mit Bestimmtheit hierüber zu erklären nicht vermag: so darf für diesen Proceß, wo es eines vollen juristischen Beweises solcher Uebereinstimmung nicht bedarf, angenommen werden, daß er die Kladde der geschlossenen Eheberedung besitzt. Solche Kladde ist in so fern eine gemeinsame Urkunde für die Contrahenten, als sie in ihren Angelegenheiten und für ihr gemeinsames Geschäft angefertigt und der Inhalt von ihnen besprochen und festgestellt ist. Solche Urkunde hat jeder Dritte den Interessenten zu ediren.

l. 3 §. 14 D. ad exhibendum (10, 4),

und das Interesse des Klägers an dieser Edition ist von ihm genugsam dahin ausgesprochen, daß er das Mundum nicht habe, ihm aber sehr daran gelegen sei den Inhalt genau zu kennen. Ein Recht der Ehefrau des Klägers der Edition zu widersprechen, ist — — nicht begründet, und daher kann Beklagter sich um so weniger darauf berufen, daß er zur Concipirung nur von derselben beauftragt worden sei. —

4. (Ma. 548/$_{1853}$). Der von den Gebrüdern X auf Ersatz eines Brandschadens belangte Bevollmächtigte der Magdeburger Feuerversicherungsgesellschaft hatte von den Klägern die Edition ihrer geschäftlichen Correspondenz und eines bestimmten Schreibens Eines der klagenden Brüder an den Anderen verlangt, und dabei insbesondere hervorgehoben, daß die fraglichen Papiere in Veranlassung der gegen die beiden Kläger wegen Brandstiftung eingeleiteten Untersuchung vom Criminal-Collegium mit Beschlag belegt seien. Das Oberappellationsgericht verwarf dies Editionsgesuch durch den Bescheid vom 26. Mai 1856 in Uebereinstimmung mit der Entscheidung des Obergerichts der Stadt Rostock aus folgenden Gründen:

Die (in Frage stehenden) Briefe sind Privaturkunden der Kläger, welche nicht unmittelbar zur Begründung des eingeklagten Entschädigungsanspruches dienen können und daher unter die Bestimmung der ll. 5 et 8 C. de edendo (2, 1) nicht fallen. Diese gesetzliche Vorschrift, welche sich ihrem Wortlaute nach auf die das streitige Forderungsrecht betreffenden Rechnungen des Gläubigers beschränkt, darf nicht so weit ausgedehnt werden, daß dem Beklagten die Befugniß ertheilt würde, alle Privatpapiere des Klägers edirt zu verlangen, damit er darin nach Vertheidigungsmaterial suchen könne. — — Endlich haben jene Briefe dadurch, daß das Criminal-Collegium dieselben für die Zwecke der wider die Querulaten pto incendii geführten Untersuchung in Beschlag genommen hat, nicht aufgehört, Privaturkunden zu sein, und ist mithin auch die l. 2 C. cit. tit. darauf nicht anwendlich.

5. (Fi. 389/1857). Der Regierungsfiskal M. beantragte in einer unter dem 21. November 1856 bei der Justiz-Canzlei zu Schwerin gegen den Gutsbesitzer v. P. erhobenen fiskalischen Klage die Bestrafung des Beklagten wegen widerrechtlichen Sportulirens für gutsherrliche und gutsobrigkeitliche Verhandlungen und verband damit zugleich das Verlangen, daß der Beklagte angehalten werde, die von seinem Gerichtsactuar seit 1843 geführten Sportelrechnungen in gutsherrlichen und gutsobrigkeitlichen Angelegenheiten einzelner Gutsangehöriger zu ediren.

Das Oberappellationsgericht bestätigte die in erster Instanz erfolgte Verwerfung des Editionsantrages unterm 16. März 1857, indem es das Nachstehende ausführte:

Nur für Civilsachen, nicht für Strafsachen ist das Editionsverfahren gegen den Beklagten geeignet, wie schon daraus erhellt, daß die Verweigerung des Editionseides und beharrliche contumacia nur civilrechtliche Folgen hat, die in Strafsachen nicht anwendbar sind. Auch hat das Römische Recht zu Gunsten des Fiskus keine anderen Anordnungen. Zunächst kommt in Betracht der allgemeine Ausspruch der l. 4 C. de edendo (2, 1): „Qui accusare volunt, probationes habere debent, cum neque juris neque aequitatis ratio permittat, ut alienorum instrumentorum inspiciendorum potestas fieri debeat". Sodann stellt die von ihm, Querulanten, allegirte l. 2 §. 2 D. de jure fisci (49, 14) als Princip auf, daß die Editionspflicht dem Fiskus gegenüber eintrete, „quotiens de jure capiendi vel de jure dominii vel de aliqua causa simili re nummaria quaeratur, non si de capitali causa agatur". Daß in dem letzten Satze capitalis causa besonders hervorgehoben wird, beweist nicht die Statthaftigkeit des Anspruches auf Edition in allen nicht dazu gehörigen Fällen. Die angegebene Regel beschränkt denselben deutlich auf Klagen, die das Vermögen betreffen, und die voraufgehenden und weiter folgenden Bestimmungen haben nur solche Fälle vor Augen. Wenn dabei, so wie in l. 3 D.

de edendo (2, 13), von dem delator die Rede ist, so kann darunter nicht ein die Rechte des Fiskus vertretender und eine der heutigen fiskalischen gleiche Stellung einnehmender Ankläger verstanden werden. Der delator ist vielmehr Derjenige, welcher bona, die gesetzlich dem Fiskus anheimfallen müßten (bona vacantia, caduca, und die confiscirter oder gestorbener Verbrecher), anzeigte (causam pecuniariam fisco nuntiare, deferre).

Pauli, sent. rec. lib. 5 tit. 13,
Tit. Cod. de delatoribus (10, 11),
l. 1, l. 5 §. 13 D. de his, quae ut indignis (34, 9),
und die vielen Stellen im Titel de jure fisci,
Voet, commentar. ad Pand. 2, 13, §. 18,
Glück, Erläuterung der Pandekten, Thl. 22, S. 116 nr. 4.

Hier aber steht ein fiskalischer Strafantrag zur Frage, der unter Bezug auf die Strafbestimmungen über falsa, in specie über Concussion erhoben ist.

---

6. (Ma. 686). Als das Schneideramt zu W. gegen den Krämer M. daselbst wegen Eingriffes in die Zunftgerechtsame der dortigen Schneider durch Feilbieten neuer auswärts angefertigter Kleidungsstücke geklagt und sich zur Begründung dieser Klage auf einen beigebrachten Auszug aus der Schneideramtsrolle von 1642 bezogen hatte, beantragte der Beklagte, daß dem klagenden Schneideramte die Beibringung einer vollständigen Abschrift der erwähnten Amtsrolle aufgegeben, er selbst aber bis dahin, sowie auf acht Tage darnach zur Einreichung einer schriftlichen Vernehmlassung befristet werde. Das Gericht erster Instanz gab demgemäß dem klagenden Amte mittels Decretes vom 17. December 1861 vor Weiterem auf, eine vollständige Abschrift der Amtsrolle zu den Acten zu bringen, und dies Decret wurde, nachdem es auf Querel des klagenden Amtes von dem Gerichte zweiter Instanz unter Bezug auf den §. 35 des Jüngsten Reichs-Abschiedes aufgehoben war, vom Oberappellationsgericht auf

weitere Querel des Beklagten unterm 20. Februar 1862 aus folgenden Gründen wiederhergestellt:

Der — — §. 35 des Jüngsten Reichs-Abschiedes beruht auf dem im neueren Rechte für den ordentlichen Proceß vollständig durchgeführten Principe der Trennung des ersten Verfahrens von der Beweis-Instanz, und befreiet demgemäß den Kläger von der Verpflichtung, die Beweisstücke, mit denen er den factischen Grund der Klage zu bewahrheiten gedenkt, schon vor der Litiscontestation vorzulegen. Dagegen verbleibt es rücksichtlich solcher Urkunden, welche zur rechtlichen Begründung der Klage selbst dienen sollen, und daher nach der Intention des Klägers einen integrirenden Theil der Klagschrift bilden, bei der Regel, daß sie sofort mindestens in Abschrift beigebracht werden müssen, damit der Beklagte sich gehörig vertheidigen könne. Dabei versteht es sich dann von selbst, daß solche Documente, deren Inhalt — wie Dies bei Gewerbsprivilegien unstreitig der Fall ist — ein einheitliches Ganzes ausmachen, dem Beklagten unverkürzt mitgetheilt werden müssen, damit er in den Stand gesetzt werde, die ihm entgegengehaltenen Stellen im vollen Zusammenhange zu prüfen.

l. 1 §. 4 D. de edendo (2, 13).

7. (Da. $263/_{1854}$). Das Handlungshaus B. zu R. klagte gegen den Kassenbürger D. zu S. beim Stadtgerichte zu Schwaan auf Bezahlung von 224 Thlr. 44 ßl. anführend, daß der Beklagte im Februar 1852 diejenigen Bretter, welche in der aus ihren Handlungsbüchern gezogenen und als Anlage 1 der Klage beigebrachten Rechnung specificirt ständen, von ihnen gekauft und erhalten habe, und ihnen nach den in jener Rechnung angesetzten vereinbarten Preisen die libellirte Summe schuldig geworden sei. Der Beklagte bat in der Erwiderung auf diese Klage, daß den Klägern vor ihrer Einlassung aufgegeben werde, ihr Haupt- oder Schuldbuch im Original zu ediren und solches in einem vom Stadtgerichte zu Schwaan anzuberaumenden Termine zu produciren. Zugleich behielt sich der Beklagte vor, nach dem Ergebnisse der vorzunehmen-

den Inspection des Handlungsbuches der Klage weitere Einwendungen entgegenzusetzen und fügte nur eventuell eine Litiscontestation hinzu. Nachdem die Kläger in der Replik die Verbindlichkeit, ihr Handlungsbuch vor der Beweis-Instanz zu produciren bestritten hatten, verurtheilte das Stadtgericht zu Schwaan die Kläger in dem Bescheide vom 22. October 1853, vor weiterem Verfahren in der Hauptsache ihre Handlungsbücher in einem von ihnen zu solchem Zweck auszubringenden Termine dem Beklagten zur Einsicht vorzulegen; dieser Ausspruch wurde aber durch die Querelentscheidung der Justiz-Canzlei zu Rostock vom 12. December 1853 aufgehoben, bei deren sonstiger Bestätigung mittels Bescheides vom 6. Februar 1854 das Oberappellationsgericht nur die Modification hinzufügte, daß es in der gegenwärtigen Lage des Processes bei dem Erbieten der Kläger das Bewenden behalte, dem Gegner oder dessen Sachwalte ihr in Frage stehendes Haupt- und Schuldbuch auf ihrem Comptoir zur Einsicht des ihn betreffenden Conto's vorzulegen. In den Gründen wird gesagt:

Da die l. 1 §. 3 D. de edendo (2, 13) im heutigen Processe nicht mehr practisch anwendlich ist, mithin an sich eine Verpflichtung des Klägers zur Edition von Urkunden der fraglichen Art in der Zeit vor der Litiscontestation nicht besteht, so bedurfte es zur Rechtfertigung seines, des Beklagten, Antrages auf Hemmung des Verfahrens bis nach erfolgter Edition des in Bezug genommenen gegnerischen Haupt- oder Schuldbuches jedenfalls der Nachweisung eines speciellen Grundes, dessentwegen er ohne voraufgehende Einsicht jenes Buches außer Stande sei, gehörig litem zu contestiren, oder seine Einreden gegen die Klage erschöpfend vorzutragen. Hieran hat er es fehlen lassen, indem nach der zutreffenden Ausführung des angefochtenen Bescheides die Anführung der Kläger, daß die von ihnen beigebrachte Rechnung aus ihren Handlungsbüchern gezogen worden, nur eine beiläufige — nicht zum Fundament der Klage gehörige — Bemerkung ist, und für ihn, den Beklagten, überall keine Verpflichtung vorliegt, sich in seiner

Litiscontestation über die Uebereinstimmung der Rechnung mit den Handlungsbüchern der Gegner zu erklären.

Der Antrag auf gerichtliche Vorlegung des zur Frage stehenden Buches ist zur Zeit schon deshalb unstatthaft, weil die Editionsverbindlichkeit an sich nicht die Verpflichtung zur gerichtlichen Vorlegung der Urkunden einschließt, und dazu auch in der gegenwärtigen Lage des Processes, bei welcher weder die Beweisführung, noch eine sonst durch solche Vorlegung bedingte Handlung zur Frage steht, kein ausreichender Grund vorliegt.

---

## 17.

## Ueber die Fassung und den Sinn des Editionseides.

Su. 1261/$_{1858}$.

Die beklagte v. S., welcher in einem Editionsstreite der Editionseid von der Justiz-Canzlei zu Güstrow dahin auferlegt war:

daß die (in Frage stehenden) Urkunden in ihrem Gewahrsame nicht vorhanden seien, sie auch dieselben gefährlicher Weise nicht weggeschafft habe,

beschwerte sich über diese Fassung des Eides, indem sie auf die Möglichkeit, daß die streitigen Urkunden ungeachtet der von ihr angestellten sorgfältigsten Nachforschungen ohne ihr Wissen in irgend einer Localität des von ihr bewohnten Gutes liegen könnten, hinwies und deswegen den ersten Theil des Eides nur mit dem Zusatz schwören wollte:

daß die fraglichen Urkunden nach ihrem Wissen und ihrer Ueberzeugung in ihrem Gewahrsam nicht vorhanden seien.

Das Oberappellationsgericht wies aber diese Beschwerde mittels Bescheides vom 29. November 1858 zurück und sagte in den Gründen:

An der urtheilsmäßigen Fassung des (auferlegten) Eides ist besonders deshalb Nichts zu ändern, weil dieselbe der ge-

setzlich vorgeschriebenen Form (Land- und Hofgerichts-Ordnung, Prt. II. tit. 26 §. 2; Güstrowsche Canzlei-Ordnung Prt. II. tit. 27 §. 2) genau entspricht. Da übrigens der fragliche Eid nur dazu dienen soll, in rechtliche Gewißheit zu setzen, daß sie, Beklagte, ohne eigenes Verschulden außer Stande sei, ihrer Editionspflicht zu genügen, von Letzterer aber in Bezug auf solche Urkunden, deren etwaniges Vorhandensein in ihrer Behausung ihr ganz verborgen geblieben, überhaupt nicht die Rede sein kann, so folgt mit Nothwendigkeit, daß auch der ihr angesonnene Eid nicht weiter geht, als daß sie sich nicht in einem solchen factischen Verhältnisse zu den Papieren quaest., befinde, wie zum Gewahrsam — oder, was hier gleichbedeutend ist, zur facultas exhibendi gehört. Weiß sie nicht, daß sie dieselben hat, so besteht solches Verhältniß für sie nicht. Jede hiemit unverträgliche Deutung der erwähnten Eidesform ist daher von selbst ausgeschlossen, ohne daß es dieserhalb noch einer besonderen Verclausulirung bedürfte.

---

## 18.

## Zur Lehre vom Manifestationseide.

1. Ri. 81/$_{1860}$ Str. Das Oberappellationsgericht sprach in dem Querelbescheide vom 18. März 1860 aus, daß es an gesetzlichen Bestimmungen fehle, welche der Ehefrau des Cridars die Verpflichtung zur Ableistung des Manifestationseides auferlegen und daß, wenn der Ehemann in Concurs gerathe, die Ehefrau nicht ohne Weiteres um deswillen als Gemeinschuldnerin mit zu betrachten sei, weil die unter den Ehegatten bestandene Gütergemeinschaft die Folge habe, daß der Antheil der Ehefrau an dem gemeinen Vermögen für die während der Ehe entstandenen Schulden des Mannes den Gläubigern desselben mit verhaftet sei.

---

2. Su. 1387/$_{1861}$. Der Schlossermeister S. zu N. starb am 25. Mai 1860 mit Hinterlassung eines Testaments, in welchem er seine beiden bereits verheiratheten Töchter erster Ehe und seinen einzigen noch minorennen Sohn zweiter Ehe zu Erben eingesetzt, seiner zweiten Ehefrau aber den Nießbrauch an der Erbportion des Sohnes vermacht hatte. Nachdem sodann am 22/23 Juni 1860 im Sterbehause nach den Angaben der Wittwe ein Inventar aufgenommen war, verlangten die beiden Töchter erster Ehe von derselben den Manifestationseid unter Anführung von Umständen, aus welchen sich nach ihrer Ansicht ein specieller Verdacht der Verheimlichung und Entfernung von Nachlaßgegenständen gegen die Stiefmutter ergeben sollte. Letztere bestritt die Verbindlichkeit zur Ableistung des Manifestationseides, wurde aber vom Oberappellationsgericht im Widerspruch mit der Entscheidung der ersten Instanz auf Querel ihrer beiden Stieftöchter durch den Bescheid vom 12. December 1861 für schuldig erklärt, den Eid dahin abzuleisten:

daß sie von dem Nachlasse ihres verstorbenen Ehemannes, des wailand Schlossermeisters S., nichts verschwiegen oder eigenmächtig entfernt habe.

Die Gründe lauten also:

Justinian macht in der l. 22 §. 10 C. de jure deliberandi (6, 30) das Recht der Gläubiger, Legatare und Fideicommissare beim Mangel anderer Beweismittel den Manifestationseid vom Erben zu verlangen, nicht von der Darlegung und Bescheinigung etwaniger Verdachtsgründe, sondern allein davon abhängig: si majorem putaverint esse substantiam a defuncto relictam, quam heres in inventario scripsit. Der genannte Eid wird somit vom Kaiser geradezu als ein Mittel zur Ergänzung des Inventars nach einer nicht durch die Solennitäten des Letzteren gedeckten Seite hin eingeführt, wie derselbe auch nach seinem Inhalte im engsten Zusammenhange mit der nach der l. ult. §. 2 cit. von dem Erben bei der Inventarisirung abzugebenden schriftlichen Erklärung steht: quod

nulla malignitate circa eas ab eo facta vel facienda res apud eum remaneant. Besteht nun aber der legislatorische Grund für die Anerkennung des in Frage stehenden Rechtes der Gläubiger, Legatare und Fideicommissare in der Erwägung, daß die den Umfang des Nachlasses betreffenden Angaben des Erben, welcher sich vor der Anfertigung des Inventars in den Besitz der Erbschaft setzt, aller objectiven Beglaubigung entbehren, und bei der Unmöglichkeit einer äußeren Controle im Allgemeinen die Besorgniß vor Verheimlichungen hervorzurufen geeignet sind, so kann nur eine consequente und dem practischen Bedürfnisse entsprechende Fortbildung des Rechtes darin gefunden werden, wenn die Praxis den Anspruch auf den Manifestationseid in gleich unbedingter Weise dem Miterben gegen den zur Zeit des Todes des Erblassers sich mit diesem in häuslicher Gemeinschaft befindenden Miterben einräumt, und mit dem Letzteren in Bezug auf die Verbindlichkeit zum Manifestationseide auch diejenigen Personen gleich behandelt, welche vermöge ihrer Stellung im Hause des Erblassers zur Zeit des Todes desselben factisch die Möglichkeit hatten, über sein Vermögen eben so uncontrolirt wie ein nächster Erbe zu disponiren.

Vergl. Glück, Erläuterung der Pandecten, Thl. 11, Seite 35,
Mühlenbruch in der Fortsetzung von Glücks Erläuterung der Pandecten, Th. 41, Seite 412 und 414,
Seuffert, Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte, Bd. 8 nr. 190 und Bd. 12 nr. 212 und 346,
sowie auch
Wetzell, System des ordentlichen Civilprocesses, §. 28, Seite 182 f., welcher zwar von einem anderen Ausgangspunkte aus deducirt, dennoch aber in dem hier fraglichen Falle zu demselben Resultate gelangt.

Die Querulatin mußte in Gemäßheit der vorstehenden Grundsätze zu dem Manifestationseide angehalten werden, ohne daß in eine Erörterung über die von den Querulantinnen geltend gemachten speciellen Verdachtsgründe eingegangen zu werden brauchte.

Die Fassung des Eides entspricht der in der l. ult. §. 10 C. cit. enthaltenen gesetzlichen Grundlage und es bedarf nur der Erwähnung, daß auch darin eine Verletzung desselben liegen würde, wenn die Querulatin etwa einzelne zu dem Nachlasse gehörige, indeß schon vor dem Tode des Erblassers aus dessen Besitze entfernte Vermögensobjecte verschweigen sollte.

---

## 19.

### Ueber die Ermittelung des Werthes beim Beweise der laesio enormis, wenn die Schätzungen der vernommenen Taxanten von einander abweichen.

Jo. 189/1854.

Aus den Rationen eines vom Oberappellationsgerichte unterm 31. März 1860 gefällten Urtheils:

2. — — — Die Gründe des vorigen Erkenntnisses gehen davon aus, daß bei dem Beweise der laesio enormis die Differenzen der vernommenen Taxanten über den Werth des Kaufobjectes zur Zeit des Kaufabschlusses nicht dadurch ausgeglichen werden dürften, daß die von denselben angegebenen verschiedenen Schätzungssummen zusammengerechnet würden, die Summe mit der Zahl der Taxanten dividirt und sodann der Quotient als das durch die Schätzung gewonnene Resultat angenommen würde, weil die Schätzungen hier nur in so fern relevirten, als sie einen höheren Werthbetrag als das Doppelte des Kaufpreises bejahen oder verneinen, und sich somit entweder für oder gegen das Vorhandensein einer laesio enormis aussprechen. Allein diese Ansicht kann nicht für richtig erachtet werden. Der Grund, dessentwegen regelmäßig bei Schätzungen der mittlere Durchschnitt der von den einzelnen Taxanten genannten verschiedenen Summen als maßgebend betrachtet wird, liegt in dem Mangel unbedingt sicherer objectiver Anhaltspunkte für die genaue Beurtheilung des

Werthes von Vermögensgegenständen. Je mehr sich nämlich in Folge dessen bei jeder Taxe die Subjectivität des einzelnen Schätzers geltend macht und der Natur der Sache nach geltend machen muß, als ein desto nothwendigeres Correctiv der durch subjective Anschauungen bedingten möglichen Fehler der einzelnen Schätzungsurtheile erscheint es, daß der Richter in Bezug auf die different gebliebenen Quantitäten durch die Ziehung von Schürzen jedem einzelnen Urtheile die gebührende Berücksichtigung angedeihen lasse. Der quantitative Gegensatz in der Beurtheilung eines Werthes schlägt nicht dadurch in einen qualitativen um, daß im einzelnen Falle nur die Existenz einer bestimmten Werthsumme relevant ist. Die wesentlich mit durch die Subjectivität der Taxanten hervorgerufenen Schwankungen der Schätzungen bleiben in einem solchen Falle dieselben, wie in denjenigen Fällen, in welchen alle von den Taxanten möglicher Weise auszusprechenden Werthgrößen von unmittelbarer juristischer Relevanz für die Entscheidung sind, und würde es ein eben so widerspruchsvolles, wie das practische Rechtsgefühl verletzendes Resultat sein, wenn der Richter je nach der Relevanz nur eines bestimmten Werthbetrages, oder aller zu ermittelnden Werthmöglichkeiten so widersprechende Grundsätze bei der Beurtheilung der Differenzen der taxirenden Sachverständigen anzuwenden verpflichtet sein sollte, daß er auf Grund derselben thatsächlichen Beweisresultate in einem Falle eine andere Werthsumme als constatirt anerkennen müßte als in einem anderen. Soll bei dem Beweise einer laesio enormis gründlich zu Werke gegangen werden, so darf man die Aufgabe der Taxanten nicht auf eine einfache Bejahung oder Verneinung der Frage beschränken, ob der streitige Gegenstand zur Zeit des Verkaufes einen Werth gehabt habe, welcher sich auf mehr als das Doppelte des Kaufpreises belaufe, sondern es sind die Sachverständigen zu einer Erklärung darüber zu veranlassen, welchen bestimmten Werth nach ihrer Ueberzeugung das Kaufobject zu der entscheidenden Zeit gehabt hat. Die Aufgabe des Richters ist es sodann, das ganze Beweismaterial, welches ihm in derartigen erschöpfenden

Schätzungen geboten wird, gleichfalls erschöpfend durch die Berechnung des Durchschnittes zu benutzen, und erst, nachdem er auf diesem Wege zu einem bestimmten Resultate in Bezug auf den für constatirt zu erklärenden Werth gelangt ist, die Frage der juristischen Relevanz zu prüfen.

3. — Mit Unrecht macht Glück — Erläuterung der Pandecten, Bd. 17, Seite 61 bis 66 — bei der Vertheidigung der von dem vorigen Gerichte adoptirten abweichenden Ansicht den Gesichtspunkt geltend, daß es sich in Fällen der vorliegenden Art nicht sowohl um einen Beweis durch Sachverständige, als vielmehr um einen eigenthümlichen Zeugenbeweis handle, und daher die Differenzen der Taxanten über das Vorhandengewesensein eines die laesio enormis begründenden Werthes nach den Grundsätzen des Zeugenbeweises beurtheilt werden müßten. Allerdings findet hier die Eigenthümlichkeit Statt, daß die Schätzung mit Bezug auf den von den Taxanten als Zeugen zu bekundenden Zustand der Sache in der Vergangenheit vorgenommen wird; allein nichts desto weniger bleibt die Schätzung auch unter diesen Umständen rücksichtlich des von den Taxanten zu findenden und auszusprechenden Resultates ein ebensolches Urtheil, wie die Abschätzung des gegenwärtigen Werthes eines den Taxanten vorgelegten Gegenstandes, und sind daher die im Allgemeinen für die Beurtheilung widersprechender Schätzungen geltenden Grundsätze gleichfalls auf die zum Beweise einer laesio enormis vorgenommenen Taxen anzuwenden.

---

## 20.

### Ueber die Eidesleistung eines Streitgenossen für sich und in die Seele der übrigen Streitgenossen.

1. (Se. 967/$_{1851}$). In dem Querelbescheide vom 27. März 1851 sprach das Oberappellationsgericht aus, daß der Deferent eines Eides nicht berechtigt ist zu verlangen, daß sämmtliche Litis-

consorten, also jeder Einzelne derselben, den ihnen angetragenen Eid leisten, sondern nur, daß Einer aus ihrer Mitte — nach der Wahl des Deferenten, nöthigenfalls nach gerichtlicher Bestimmung — für sich und in die Seele seiner Streitgenossen den Eid ableiste, zu welchem Zwecke der Schwörende mit einer die Eidesformel wörtlich enthaltenden Specialvollmacht ad jurandum von den übrigen Litisconsorten versehen sein muß.

Denn die bestehende — durch pflichtmäßige Sorge für die Aufrechthaltung des feierlichen Ernstes der Eidesleistung — gerechtfertigte Gerichtspraxis gestattet den Streitgenossen, welchen ein Eid deferirt worden, die Ableistung auf die im Vorstehenden regulirte Art wenigstens dann, wenn ihrer so viele sind, daß die körperliche Eidesleistung Seitens Aller nicht füglich, ohne Anstoß zu erregen, geschehen kann.

2. — (Me. $411/_{1846}$). Das Oberappellationsgericht bestimmte in dem Erkenntniß vom 21. Juli 1856 bei der Auferlegung von Erfüllungseiden, daß dieselben von Einem der beklagten Litisconsorten nach Wahl der Kläger für sich und in die Seele der übrigen Mitbeklagten, welche ihn dazu mittels einer — die Eidesformel enthaltenden — Specialvollmacht zu beauftragen hätten, abzuleisten sei, und bemerkte dazu in den Gründen:

> Diese Bestimmung entspricht der bei den einheimischen Gerichten bestehenden Praxis, welche bei Litisconsorten auch im Fall der Verfolgung eines theilbaren Interesses die körperliche Eidesleistung der Regel nach auf einen Einzigen beschränkt, und zwar wird diese Praxis durch die Rücksicht auf die Feierlichkeit der Eideshandlung gerechtfertigt, welche es dem Richter zur Pflicht macht, eine Anstoß erregende Zahl von Eidesleistungen zu verhüten. Bei den hier zur Frage stehenden Erfüllungseiden liegt aber keinesfalls ein Grund vor, von der hervorgehobenen Regel der Praxis abzuweichen.

3. — (Se. $842/_{1846}$). In dem Querelbescheide vom 3. April 1848 erklärt das Oberappellationsgericht die in den vorstehenden Entscheidungen auf den deferirten und den Erfüllungseid ange-

wandten Grundsätze der Praxis auch rücksichtlich des Calumnien-Eides für Maaß gebend. In den Gründen heißt es:

Wenn auch in der Hof- und Landgerichts-Ordnung (P. II. Tit. 16 §. 1, 8, 9) und in der Güstrow'schen Canzlei-Ordnung (P. II. Tit. 16, §. 1, 9, 10) bestimmt worden ist, daß der Calumnien-Eid in Person abzuleisten sei, so ist darin doch nichts Singuläres zu finden, da von dem Haupteide das Nämliche gilt. Es ist sogar die Ableistung des Calumnien-Eides per procuratorem in Fällen gestattet, wo der Haupteid gesetzlich nicht so abgelegt werden kann; um so leichter macht sich die Anwendung der Praxis auf den Calumnien-Eid.

---

## 21.

## Eidesleistung des Kammerprocurators und Procurators der Großherzoglichen Reluitionscommission in den für die Großherzogliche Kammer und resp. die Großherzogliche Reluitionscommission geführten Processen.

I. — Das Oberappellationsgericht hat in vielfachen Entscheidungen den Grundsatz aufrecht erhalten, daß der Kammerprocurator in die Seele der Mitglieder der Großherzoglichen Kammer nach Beibringung einer den Eid selbst wörtlich enthaltenden Specialvollmacht zu schwören habe.

In dem Bescheide vom 6. September 1849 (Ca. 698/1848) wird zur Begründung bemerkt, daß nach der auf gesetzlichen Bestimmungen

vergl. §. 394 des Landesgrundgesetzlichen Erbvergleichs mit §. 12 der Publicationsverordnung zur Oberappellationsgerichts-Ordnung

und auf der einheimischen Landesverfassung beruhenden althergebrachten Praxis die Proceßberechtigung des Kammercollegii nur durch von ihm bestellte Procuratoren geübt wird, diese daher zu allen Proceßhandlungen, mithin auch zu Eides-

leistungen in der (hervorgehobenen) Weise ebenso berechtigt, als verpflichtet sind, sich demnach dies Clientelverhältniß dem Gegner und dem Gerichte gegenüber von dem sonstigen zwischen der Partei und ihrem Sachwalte unterscheidet.

Der Querelbescheid vom 24. Juli 1856 (Ha. 443/$_{1843}$) stützt die Befugniß des Großherzoglichen Kammer- und Forstcollegii, die ihm zufallenden gerichtlichen Eide durch seinen zu solchem Acte mit Specialvollmacht zu versehenden Procurator leisten zu lassen, ebenso auf die alte und constante Praxis, welche durch die Hinweisung auf die bei Eidesleistungen von Corporationen oder gar Streitgenossen geltenden Grundsätze nicht erschüttert werden kann, da die gedachte Behörde in ihren Processen weder die Gerechtsame einer juristischen Person, noch die Interessen ihrer Mitglieder, sondern das Domanialvermögen des Landesherrn zu vertreten hat, und mithin nomine Serenissimi litigirt.

3. — Unter Anwendung derselben Grundsätze sprach das Oberappellationsgericht unterm 18. Mai 1829 (Te. 7/$_{1819}$) aus, daß der Procurator der Großherzoglichen Reluitionscommission den Eid in die Seele dieses Collegii und kraft eines dazu beizubringenden speciellen — den Eid selbst wörtlich enthaltenden — Auftrages zu leisten habe.

---

## 22.

**Der Schuldner ist nicht berechtigt, im Processe mit dem Cessionar die Ableistung eines Schiedseides durch den Cedenten zu verlangen.** Pe. 478/$_{1861}$.

Aus dem Querelbescheide des Oberappellationsgerichts vom 10. Juni 1861:

Die Regel, daß der Producent den Eid nur seinem Proceßgegner deferiren, und folgeweise nur von diesem die Ableistung desselben verlangen kann, ergiebt sich schon aus der in der l. 3 pr. D. de jurejurando (12, 2) hervorgehobenen Stelle

des Praetorischen Edictes, sowie der von Ulpian hinzugefügten Erklärung. Auch läßt sich das Gegentheil keineswegeß aus der l. 1 §. 2 D. quarum rerum actio non datur (44, 5) entnehmen, da dieselbe nach ihrer ganzen Fassung eine freiwillige Vereinbarung beider Parteien über die Ableistung des Eides durch den auctor voraussetzt und mit keinem Worte von einem Rechte des Klägers spricht die Entscheidung des Streites durch den Eid des auctor zu verlangen. Ebenso wenig erwächst aus dem Umstande, daß der Kläger eine cedirte Klage geltend macht, ausnahmeweise für den Beklagten das Recht bei einer von ihm ausgehenden Eidesdelation die Leistung des Eides durch den Cedenten zu begehren. Denn wie sehr man auch den Satz urgiren mag, daß dem Cessionar durch die Cession nur die Ausübung eines fremden Rechts übertragen werde, so hat derselbe doch zweifellos im Gegensatze des procurator rei alienae in dem Rechtsstreite mit dem debitor cessus die Stellung der wirklichen Proceßpartei, und wird daher die Regel der l. 3 pr. cit. auf ihn anwendlich, deren Gültigkeit auch in der einheimischen Praxis keinem Zweifel unterliegt.

---

## 23.

### Ueber das richterliche Taxationsrecht beim juramentum Zenonianum. Bu. 524/1844.

Die Gründe zum Erkenntniß des Oberappellationsgerichts vom 22. Februar 1858 führen das Nachstehende aus:

1. — — — — — — — — — — — —

2. — — — — — — —. Der Grundsatz, daß der Kläger nur nach vorgängiger taxatio judicis zum Eide zugelassen werden soll, ist sowohl in der l. 9 C. unde vi (8, 4) verb. „taxatione a judice facta pro personarum atque negotii qualitate," als auch in den einheimischen Proceßordnungen ausgesprochen [vergl. Hof- und Landgerichts-Ord-

nung, II, 31, Güstrowsche Canzleiordnung, II, 32]. Das Verfahren, welches der Richter bei den auf Feststellung eines solchen maximum abzweckenden Ermittelungen innezuhalten hat, ist weder im Römischen Rechte noch durch die Landes-Proceßordnungen näher festgestellt worden. In der l. 9 cit. wird er nur im Allgemeinen angewiesen, nach der qualitas personarum et negotii zu taxiren, womit es übereinstimmt, daß an anderen Stellen, z. B. in der l. 4 §. 2 D. de in litem jurando (12, 3) die Schätzung als zum arbitrium judicis gehörig bezeichnet und damit angedeutet wird, daß er bei derselben eine freiere Stellung einzunehmen habe. Ganz unbedenklich ist der Richter hienach befugt, ex officio für Herbeischaffung des zu seiner Schätzung nöthigen Materials thätig zu werden und zu dem Ende entweder unmittelbar sachdienliche Ermittelungen vorzunehmen, oder auch die Parteien anzuweisen, die ihnen zu Gebote stehenden Beweismittel namhaft zu machen und beizubringen. Ebenso versteht es sich von selbst, daß die Parteien auch unaufgefordert dieserhalb thätig werden dürfen, und namentlich wird es vorzugsweise dem Kläger obliegen, dem Richter, so weit thunlich, eine wenigstens annähernd richtige Schätzung zu ermöglichen und ihm die Ueberzeugung zu verschaffen, daß er die in der Zulassung zum Würderungseide liegende Begünstigung nicht zur Erzielung eines ungerechtfertigten Gewinnes mißbrauchen wolle.

3. — Daß die der Zulassung zum Würderungseide voraufgehende richterliche Taxation einer Anfechtung mittels der ordentlichen Rechtsmittel unterliegt, ist nicht zweifelhaft. Zwar weisen die Landes-Proceß-Ordnungen in Uebereinstimmung mit dem gemeinen Rechte den Richter an, auch noch nach abgeleistetem jusjurandum in litem den Inhalt der Acten zu erwägen, und geeigneten Falles auf ein geringeres als das beschworne Quantum zu erkennen, welche Vorschrift unbedenklich auch auf das jusjurandum Zenonianum, welches sich nur als ein modificirtes jusjurandum in litem darstellt, anzuwenden ist. Wenn daher richterlich dahin determinirt

worden ist, daß der Kläger in Grundlage seiner eigenen Schätzung zum Eide zugelassen werden solle, so ist damit freilich noch nicht definitiv festgestellt, daß im Falle der Ableistung dieses Eides der Beklagte zur Zahlung der so bestimmten Schätzungssumme zu verurtheilen sei. Indessen ist es nach gemeinem Rechte mindestens zweifelhaft, ob der Richter nach Ableistung des Eides noch aus anderen, als neu aufgefundenen Gründen abmindern darf,

cf. l. 4 §. 3, l. 5 §. 2 de in litem jurando (12, 3),
v. Schröter, in der Zeitschrift für Civilrecht und Proceß. Bd. VII. pag. 407,

und auch die Landes-Proceßordnungen sprechen Das nicht aus, daß der Richter auch diejenigen Thatumstände, welche er bereits bei der Abschätzung der zu beschwörenden Summe als unerheblich von der Hand gewiesen, nach Ableistung des Eides nochmals in Erwägung zu ziehen habe. Daher darf der Beklagte, welcher einen Minderwerth darzuthun versucht hat, unbedenklich verlangen, daß das Ergebniß seiner Beweisführung schon bei der Bemessung der zu beschwörenden Summe berücksichtigt werde. An der Möglichkeit, daß darauf auch nach Ableistung des Eides noch werde Rücksicht genommen werden, braucht er sich namentlich dann nicht genügen zu lassen, wenn dem seine Beweisführung betreffenden Erkenntnisse ein darauf hingehender Vorbehalt nicht hinzugefügt ist. Und auch darauf kommt etwas Wesentliches nicht an, ob das ergangene Erkenntniß eine Taxation ausdrücklich enthält oder nicht. Denn da der Richter dem Würderungseide allemal eine Taxation vorangehen lassen soll, so enthält die Zulassung des Klägers zur eidlichen Bekräftigung seiner eigenen Schätzung in Wahrheit eine dieser Schätzung conforme Taxation.

4. — Dem Vorausgesagten zufolge kann es für zutreffend nicht geachtet werden, daß in dem angefochtenen Erkenntnisse das vom Beklagten beweislich Beigebrachte ganz nach den gewöhnlichen Regeln über die Erfordernisse des Beweises und des directen Gegenbeweises beurtheilt, der Gesichtspunkt der richterlichen Taxation aber ganz zurückgestellt ist. Es handelt

sich nicht darum, ob Beklagter seine Gegenbehauptungen ganz, oder so weit erwiesen habe, daß er im gewöhnlichen Verfahren zum Ergänzungseide würde zugelassen werden können, sondern darum, ob in Grundlage des von ihm Beigebrachten eine Abminderung derjenigen Schätzungssumme, welche Kläger beschwören will, einzutreten hat, wobei eben so wenig von einem dem Beklagten aufzuerlegenden Ergänzungseide, als von einem Reinigungseide des Klägers die Rede sein kann. Denn der letztere Eid würde mit dem Würderungseide zusammen fallen, das suppletorium aber hat nicht der Gegenbeweisführer, sondern die beweispflichtige Partei zu leisten, und es kann ein solcher Eid hier auch um deswillen für statthaft nicht gehalten werden, weil das zugelassene Beweisverfahren nur den einen Zweck haben kann, dem Richter das Material zu der ihm obliegenden Aestimation zu liefern. Daß der Richter bei dieser Aestimation nur solche Thatsachen sollte berücksichtigen dürfen, welche den gewöhnlichen Proceßregeln zufolge als vollständig bewiesen angesehen werden können, ist in den Gesetzen nicht gesagt, würde auch mit der Natur der Sache durchaus nicht in Einklang zu bringen sein, sondern vielmehr das Taxationsrecht des Richters rein illusorisch machen. Von dem Würderungseide und namentlich von dem jusjurandum Zenonianum wird gerade alsdann vorzugsweise Gebrauch gemacht, wenn directe Beweismittel entweder wirklich fehlen, oder doch Seitens der beweispflichtigen Partei dem Richter nicht vorgeführt worden sind. Soll der Letztere dennoch taxiren, so kann dies nur auf Grund von Bescheinigungen und nach anderen Wahrscheinlichkeitsgründen geschehen, bei deren Würdigung dem Richter ein möglichst weiter Spielraum zugestanden werden muß.

— — — — — — — — — — — —

6. — Die Möglichkeit, daß durch eine nur auf Wahrscheinlichkeitsgründe gestützte Taxation des Richters der eidlich zu erhärtende Betrag des Schadens niedriger bestimmt werde, als der Kläger vielleicht durch andere Beweismittel hätte darthun können, muß in abstracto zugegeben werden. Es ist daraus

aber ein Einwand wider das Voraufgesagte nicht zu entnehmen. Denn eines Theils muß der Beschädigte, welcher zu dem Würderungseide zugelassen zu werden beantragt, wissen, daß diesem Eide eine richterliche Taxation voraufgehen werde. Anderen Theils erklärt er durch seinen Antrag auf Zulassung zu diesem Eide, wie aus der l. 9. C. cit. verb. „si non potuerit — — — singula comprobare“ hervorgeht [vergl. Wetzell System des Civilprocesses pag. 181], daß ihm anderweitige Beweismittel nicht zu Gebote stehen, und ist daher auf die Möglichkeit, daß es sich hiemit anders verhalte, keine Rücksicht zn nehmen.

(Hierauf folgt eine Ausführung darüber, daß der Kläger nicht zu einem von ihm eventuell angetretenen Zeugenbeweise zurückgreifen könne.)

7. — Etwas anders verhält es sich mit dem vom Kläger neben dem Erbieten zum Würderungseide eventuell benutzten Beweismittel der Eidesdelation. Dieses Beweismittel wird durch die vorberegte Subsidiarität des jusjurandum Zenonianum nicht berührt. Von der eventuellen Eidesdelation Gebrauch zu machen, kann dem Kläger daher nicht geradezu verwehrt sein, jedoch muß hervorgehoben werden, daß eine Cumulation beider Beweismittel der Regel nach nicht zugelassen werden darf. Dem Kläger, welcher neben dem Erbieten zum jusjurandum in litem eventuell den Eid deferirt hat, kann für den Fall, daß er sich durch die richterliche Taxation benachtheiligt glaubt, etwas Weiteres nicht zugestanden werden, als jenes erstere Beweismittel fallen zu lassen, und den Erfolg des Rechtsstreites von dem Eide des anderen Theils abhängig zu machen. Dies muß auch alsdann zur Anwendung kommen, wenn in dem rechtskräftigen Beweiserkenntnisse die den entstandenen Schaden betreffende Beweisauflage in mehrere neben einander gestellte Positionen zerlegt worden ist. Hat in solchem Falle der Kläger nicht wegen Einzelner von diesen Positionen selbständige Beweismittel beigebracht, sondern wegen der Gesammtheit seines Schadens die Zulassung zum jusjurandum in litem neben eventueller Benutzung der Eidesdelation beantragt,

so hat der Richter, wenn er bei seiner Taxation auch das Einzelne in's Auge fassen und prüfen muß, schließlich doch der Eigenthümlichkeit des Würderungseides gemäß eine Gesammtsumme festzusetzen, über welche hinaus seinen Schaden eidlich zu erhärten dem Kläger nicht gestattet sein soll, und daraus folgt denn von selbst einer Seits, daß von einer Eidesdelation in Betreff einzelner in jener Gesammtsumme bereits berücksichtigter Positionen nicht die Rede sein kann, anderer Seits aber auch, daß der Kläger bei der eidlichen Erhärtung seines Schadens eben auch nur diese Gesammtsumme in's Auge zu fassen hat, und daher das Vorhandensein eines zu derselben ansteigenden Schadens beschwören darf, wenn er gleich zu der Ueberzeugung gelangen sollte, daß der Richter zwar bei einzelnen Positionen zu hoch geschätzt habe, Dies aber durch eine zu niedrige Schätzung bei anderen Positionen ausgeglichen sei. — — — — — — — — — —

In dem Restitutionserkenntnisse vom 5. December 1859, welches demnächst in derselben Sache nach Einholung eines Rechtsgutachtens von der Juristenfacultät zu Rostock erlassen wurde, hielt das Oberappellationsgericht an den entwickelten Grundsätzen fest und sprach sich über dieselben folgender Maaßen aus:

1. — Daß der Richter sowohl beim juramentum in litem, als auch beim juramentum Zenonianum berechtigt ist ein Ultimatum festzustellen, bis zu welchem der Kläger seinen Schaden eidlich erhärten darf, ist unbestritten, und bedarf die Ansicht des Imploranten, daß die desfallsige Befugniß des Richters sich auf das vom Kläger hineinzuziehende pretium affectionis beschränke, keiner ausführlichen Widerlegung, da die Quellen eine desfallsige Beschränkung nirgends aussprechen, dem Richter vielmehr das Recht und beziehungsweise die Pflicht zu einer solchen Taxation ganz allgemein zugesprochen und auferlegt wird. — Ebenso ist die Ansicht des Imploranten, daß beim juramentum Zenonianum die Thatsache des Verlustes und der durch diesen Verlust entstandene Schaden zu trennen und das dem Richter zustehende Taxationsrecht

auf letzteren zu beschränken sei, unbegründet. Die l. 9. C. unde vi macht eine solche Unterscheidung augenscheinlich nicht, und wenn auch das cap. 7 X de his, quae vis metusve causa fiunt, beide Momente von einander trennt, und nur beim letzten das Taxationsrecht des Richters hervorhebt, so kann doch daraus nicht geschlossen werden, daß der Kläger den Verlust von Sachen eidlich erhärten darf, deren Nichtverlust etwa anderweitig schon erwiesen ist, und läßt sich daher auch nicht annehmen, daß das Canonische Recht das in dem richterlichen Taxationsrechte gegebene Schutzmittel gegen den Mißbrauch des Schätzungseides für das juramentum Zenonianum habe beschränken wollen.

2. — Aus dem Taxationsrechte des Richters folgt nun von selbst dessen Befugniß, sich Anhaltspunkte für eine richtige Taxation zu verschaffen, und namentlich dem Beklagten die Beibringung entsprechender Materialien frei zu lassen, wie denn auch im vorliegenden Falle in rechtskräftiger Weise geschehen ist. Daß eine solche Beweisführung des Beklagten nicht als selbständiger Hauptbeweis, und eben so wenig als ein Beweis zur Gewissensvertretung anzusehen sei, ist in den Rationen der sententia contra quam bereits zutreffend dargelegt und wird auch in dem eingeholten Erachten anerkannt.

— — — — — — — — — — — —

3. Gegen die sententia contra quam nimmt dieses Erachten allerdings an, daß der Richter bei der Ausübung seines Taxationsrechts an die gewöhnlichen Beweisregeln gebunden ist, und nur solche Thatsachen berücksichtigen darf, welche durch Geständniß, Notorietät oder vollen Beweis in Gewißheit gesetzt sind. — Indeß darf Dies nach dem Inhalte und der Fassung der betreffenden Quellenaussprüche für richtig nicht gehalten werden. Ein directer Ausspruch, daß der Richter bei der taxatio an die ihm gelieferten probationes gebunden sei, findet sich in den Quellen nicht, indem die Aeußerung in l. 4 §. 3 D. h. tit.: „et magis est, ut ex magna causa et postea repertis probationibus possit“ sich nur auf den Fall einer nach bereits abgeleistetem Eide zulässigen Abminderung bezieht;

im Gegentheil gestattet eine Vergleichung dieser Stelle mit dem voraufgehenden §phen, und der Umstand, daß in dem fraglichen Falle das Vorhandensein von probationes gefordert, bei der vor Ableistung des Eides dem Richter zustehenden Taxation aber ein solches Requisit nicht erwähnt wird, den Schluß, daß der Richter in diesem Falle freiere Hand hatte. Zu demselben Resultate führt auch eine genauere Erwägung der Art und Weise, wie in l. 4 §. 2 und l. 5 §. 1. D. h. tit. die Befugniß des Richters zur Feststellung des Ultimats begründet wird. Daß der Kläger nicht berechtigt sein kann, in einem Falle, wo die Größe des Schadens bereits vollständig erwiesen vorliegt, über dies Maß hinaus seinen angeblichen Schaden zu beschwören, versteht sich von selbst. Es würde daher, wenn der Richter bei Ausübung der fraglichen Befugniß an die civilprocessualischen Beweisregeln gebunden wäre, nahe gelegen haben Dies auszusprechen, und darauf die Befugniß des Richters zu gründen, indem diese in solcher Beschränkung einer näheren Darlegung nicht bedurft haben, sondern sich ohne Weiteres als gerechtfertigt darstellen würde. Wenn statt Dessen die Quellen eine solche Beschränkung nirgends erwähnen, und die fragliche Befugniß des Richters dadurch begründen, daß es von seinem arbitrium abhänge, das jusjurandum in litem zu deferiren oder nicht, so spricht Dies dafür, daß die Entscheidung des Richters hiebei nicht an feststehende Beweisregeln gebunden, ihm vielmehr ein freieres Ermessen eingeräumt war. — Es kommt hinzu, daß der Gebrauch des juramentum in litem den größten Mißbräuchen unterliegen könnte, wenn der Richter nur auf Grund vollständigen Gegenbeweises ein Maß festzusetzen berechtigt wäre, das Bedürfniß einer stärkeren Schranke, wenn das juramentum in litem nicht gemißbraucht werden soll, um dem Kläger einen unredlichen Gewinn zu verschaffen, also vor Augen liegt, und die Art und Weise, wie in den angeführten Stellen, so wie in l. 18 pr. D de dolo malo, und l. 9 C. unde vi, die Befugniß und resp. Pflicht des Richters zur Festsetzung eines Ultimats erwähnt, und dabei in l. 9 C.

cit. auf die qualitas personarum et negotii Bezug genommen wird, darauf hinweist, daß eben in diesem Ermäßigungsrechte des Richters jene nothwendige Schranke zu finden ist. — Mit dieser Auffassung harmoniren auch die Bestimmungen sowohl der Hof- und Landgerichts-Ordnung Thl. II. Tit. 31, als auch der Güstrow'schen Canzlei-Ordnung Thl. II. Tit. 32, indem darin nicht nur ganz allgemein dem Richter aufgegeben wird die Höhe der zu beschwörenden Summe zu determiniren, sondern auch noch nach abgeleistetem Eide die sämmtlichen Acten **und deren Umstände** in fleißige Acht zu nehmen, und das Quantnm nach Anleitung der Rechte **und Billigkeit** zu ästimiren und zu arbitriren, hienach aber nicht füglich bezweifelt werden kann, daß dem Richter ein freieres Ermessen zugestanden sein soll.

---

## 24.

### Inwieweit steht juristischen Personen ein Anspruch auf die in integrum restitutio contra rem judicatam zu?

Pa. 457/1857.

Zwei von den in der Stadt Parchim von Alters her bestehenden genossenschaftlichen Verbindungen der s. g. Kaveln (die s. g. Wockerthor-Sassenhäger-Kavel-Eingesessenen und die s. g. Kreuzthor-Sassenhäger-Kavel-Eingesessenen) litigirten mit einander über die Frage, welcher von Beiden eine bestimmte Wiese gehöre. Da die Letztere der beiden erwähnten Genossenschaften sich im Besitze der streitigen Wiese befand, wurden der klagend aufgetretenen ersteren Genossenschaft rechtskräftig mehrere Beweise zur Constatirung ihres behaupteten Rechtes aufgelegt, welche das Oberappellationsgericht in dritter Instanz in dem nicht weiter anfechtbaren Erkenntnisse vom 17. Juni 1861 für verfehlt erklärte, den Klägern zugleich aufgebend, rücksichtlich des den Beklagten eventuell deferirten Schiedseides binnen einer bestimmten Frist sub poena des anzunehmenden Verzichtes mit behufigen

Vorträgen hervorzugehen. Als hierauf die klagende Genossenschaft darum bat, daß ihr mittels einer in integrum restitutio gestattet werde, ihre Beweisführung durch eine Urkunde zu vervollständigen, deren rechtzeitige Benutzung durch ihre Vertreter versäumt worden war, wurde ihr diese Wiedereinsetzung in den vorigen Stand durch drei conforme Entscheidungen ertheilt. Die Gründe des bezüglichen auf Querel der beklagten Genossenschaft ergangenen Bescheides des Oberappellationsgerichts vom 24. Juli 1862 lauten also:

Mag es auch, in Ermangelung bestimmter hierauf hinweisender geschichtlicher Nachrichten, bedenklich sein, die 24 Kaveln, in welche die Stadt Parchim von Alters her als eben so viele locale Stadtbezirke, deren Eingesessene besondere Unterabtheilungen der städtischen Bürgerschaft bilden, eingetheilt ist, als die ursprünglichen Markgenossenschaften zu betrachten, aus deren Vereinigung die Stadt selbst erwachsen ist, und ihnen Dem entsprechend die Bedeutung von Realgemeinden in dem von Gerber — Deutsches Privatrecht, §. 51 — entwickelten Sinne beizulegen, so weisen doch andererseits sowohl die über deren Wesen und Bedeutung vorhandenen historischen Angaben in Cordesius Chronicon Parchimense (Rostock 1670) cap. V. nebst den erläuternden Bemerkungen dazu in Cleemann, Chronik und Urkunden der Mecklenburg-Schwerinschen Vorderstadt Parchim (Parchim 1825) Seite 457 ff., desgleichen die betreffenden Mittheilungen in Beyer's Betrachtungen über die Vergangenheit, Gegenwart und Zukunft der Stadt Parchim (Parchim und Ludwigslust 1839), als auch das vorliegende Actenmaterial, insbesondere der Inhalt der beiden Wiesenregister von 1785 und 1834, darauf hin, daß diese Eintheilung nicht bloß eine politische Bedeutung für die Verfassung und Verwaltung der Stadt, sondern auch eine bestimmte Beziehung zu der wirthschaftlichen Benutzung der städtischen Feldmark hatte, daß die Kavel-Eingesessenen in der einen wie in der anderen Rücksicht bestimmt organisirte corporative Verbände darstellten, welche als solche ein der Gesammtheit selbständig zustehendes Vermögen haben konnten und

hatten, und daß zu diesem Vermögen insbesondere das der einzelnen Kaveln zugetheilte dingliche Nutzungsrecht an bestimmt bezeichneten Stücken des städtischen Gemeindegutes gehörte und noch gehört, einerlei, ob die Ausübung dieser Nutzungsbefugniß unmittelbar zum Besten der Kavellade, als der gemeinsamen Kasse, geschah und geschieht, oder den einzelnen Kavel-Eingesessenen, sei es nun nach einer bestimmten Reihenfolge, oder in der Weise überlassen ist, daß die betreffenden Grundflächen nach der Zahl der zu den einzelnen Kaveln gehörenden Erbe in besondere Parcelen zerschlagen sind, welche alsdann den einzelnen Häusern als Pertinenz beigelegt wurden, welches letztere Verhältniß hier in Frage steht, da solche Verhältnisse auch bei anderen Corporationen des Deutschen Rechts in Beziehung auf die Nutzung des gemeinen Gutes sich finden, ohne daß dieses dadurch aufhört Corporationsgut zu sein, und ohne daß dadurch der corporative Verband selbst gelöst wird.

Demnach hat es kein Bedenken, die in Parchim existirenden Kaveln, so weit das denselben ausschließlich zugewiesene dingliche Nutzungsrecht an besonderen Stücken des gemeinen Gutes der Stadt in Betracht kommt, als eine besondere Art markgenossenschaftlicher Verbindungen anzusehen, und Dem entsprechend ihnen Corporationsrechte und juristische Persönlichkeit beizulegen. Da nun in dem vorliegenden Processe ganz entschieden nicht das den einzelnen Eingesessenen der Wockerthor-Kavel für ihre Häuser speciell zugewiesene Nutzungsrecht einzelner Parcelen der streitigen Wiese Nr. 55 auf der s. g. großen Wiese, sondern vielmehr die Zubehörigkeit der ganzen Wiese Nr. 55 zu sämmtlichen Häusern der Wockerthor-Kavel den Gegenstand des Streites bildet, so hängt die Entscheidung der Frage, ob die klagende Kavel als juristische Person in Beziehung auf die in Anspruch genommene restitutio contra rem judicatam die Rechte der Minderjährigen für sich in Anspruch nehmen könne, lediglich davon ab, ob dieses Verlangen nach Maßgabe der besonderen Beschaffenheit der klagend aufgetretenen juristischen Person selbst und der sonstigen Sachlage gerechtfertigt ist.

Diese Frage ist indessen gleichfalls von den beiden vorigen Erkenntnissen mit Recht bejaht worden. Denn wenn auch neuere Schriftsteller, insbesondere

Burchardi, Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, Seite 257–263,

Savigny, System des heutigen Römischen Rechts VII. S. 160 f., Wetzell, Civilproceß, Seite 522,

die Ausdehnung, welche die Praxis der durch das Römische und Canonische Recht nur den Stadtgemeinden, Kirchen und milden Stiftungen nach Art der in integrum restitutio propter minorem ætatem zuerkannten Restitution gegen die Mißgriffe und Versäumnisse ihrer Vertreter zu Gunsten aller juristischen Personen, insbesondere Corporationen aller Art, gegeben hat, nicht ohne Grund als eine in verschiedener Beziehung unberechtigte angegriffen haben, so können sie doch das Dasein dieser Praxis selbst nicht füglich bestreiten, und ist dieselbe für unser einheimisches Recht in den Bestimmungen der Rechtsmittelgesetze vom 20. Juli 1840 §. 54, 2, a, und vom 15. Januar 1861, §. 41, I., 1, in sehr weitem Umfange ausdrücklich anerkannt worden. Würde man aber auch dessen ungeachtet gerechtes Bedenken tragen können, in Ermangelung entgegenstehender ausdrücklicher Bestimmungen diese Rechtswohlthaten auch solchen juristischen Personen zuzugestehen, welche nicht in ähnlicher Weise, wie die durch das Römische und Canonische Recht speciell bezeichneten, für das Leben des Staates und der Kirche eine besondere Wichtigkeit und Bedeutung behaupten, sondern vermöge ihres eigenthümlichen Zweckes und nach ihrer ganzen Organisation bloß das privative Interesse ihrer Gesellschaftsmitglieder bezwecken, wie hinsichtlich zahlreicher in neuerer Zeit entstandener und durch besonderes Privilegium mit juristischer Persönlichkeit ausgestatteter Erwerbsgesellschaften und ähnlicher Verbindungen der Fall ist, und ist gleich von den Querulanten nach dieser Seite hin gegen die hier erbetene Restitution der Einwand erhoben, daß bei dem jetzigen Rechtsstreite seinem endlichen Erfolge nach nur das privative Interesse der einzelnen Kavel-Einge-

sessenen betheiligt sei, so ist doch auch dieses Bedenken um deswillen nicht geeignet, eine Zurückweisung des klägerischen Verlangens zu rechtfertigen, weil die hier klagende Corporation ihrer Organisation und Bedeutung nach mit der Verfassung und dem Leben der Stadtgemeinde selbst auf das Engste verflochten ist, und die Nutzung, welche die Stadt den einzelnen Kaveln unmittelbar und deren Eingesessenen mittelbar zugewiesen hat, in so weit zugleich das städtische Interesse mit berührt, als die Erhaltung eines gedeihlichen Nahrungsstandes der einzelnen Bürger der Stadt selbst von höchstem Nutzen ist, und es ihr außerdem nicht gleichgültig sein kann, ob der Bestand der von ihr selbst ausgegangenen Ordnung der wirthschaftlichen Verhältnisse der Kaveln gewahrt bleibt, oder auf ungehörige Weise verrückt wird.

Daß hier wirklich ein Versäumniß der Vertreter der klagenden Corporation vorliegt, kann ferner nicht zweifelhaft sein. Eben so kann nach dem Wortlaute der bezüglichen Gesetzesbestimmung des §. 41, I., 1 so wenig, wie nach den sonst hier einschlagenden Rechtsgrundsätzen für die Ertheilung der deshalb erbetenen Restitution irgend Etwas darauf ankommen, ob die Corporation wegen dieses Versäumnisses ihre Vertreter mit Erfolg auf Ersatz des ihr dadurch entstandenen Schadens würde haben belangen können. Noch weniger besteht für sie eine Verpflichtung zur Cession der ihr dieserhalb zustehenden Klage an die Gegner in solcher Weise, daß in Ermangelung einer derartigen Klage ihr die Restitution zu versagen wäre; und da sie, die Querulanten, ihrerseits (im gegenwärtigen Falle) nicht in der Lage sind, aus dem gleichen Grunde, aus welchem die Kläger die fragliche Restitution nachsuchen, gleichfalls Restitution suchen zu können und zu müssen, so kann von der Anwendung des Satzes: „privilegiatus contra aeque privilegiatum beneficio suo non utitur“ hier vollends nicht die Rede sein.

---

## 25.

### Ueber die Anwendung des §. VI. nr. 2 und 9 c. der Wechselproceßordnung vom 14. Juni 1849 bei Requisitionen auswärtiger Gerichte. Wi. 672/1860.

Als der Gutsbesitzer W. auf N. im Königreich Preußen auf Requisition des Königlich Preußischen Kreisgerichtes F. von dem Patrimonialgerichte H. in Mecklenburg-Schwerin in Wechselhaft genommen war, erklärte derselbe vor dem erwähnten Patrimonialgericht unter Protestation gegen die Wechselhaft, daß er sein Vermögen hiemit an seine Gläubiger abtrete und begehrte, indem er sich mit der alsbald verfügten Mittheilung dieser Erklärung an das requirirende Preußische Gericht nicht begnügte, unter Berufung auf §. VI. sub 2 und sub 9 c der Verordnung vom 14. Juni 1849 *) die sofortige Aufhebung der Wechselhaft.

Im Widerspruch mit den dies Gesuch ablehnenden Entscheidungen erster und zweiter Instanz verfügte das Oberappellationsgericht mittels Bescheides vom 23. April 1860 auf Querel des inhaftirten Gutsbesitzers W. dessen Entlassung aus dem Wechselarrest. Die Gründe sind folgende:

Die Bestimmungen im §. VI. nr. 2 und sub 9 c der Wechselproceßordnung vom 14. Juni 1849 sind für die hiesigen Gerichte absolut bindend, und wenn danach die persönliche Schuldhaft aufhören soll, sobald der Verhaftete die reine Güterabtretung erklärt, so dürfen die hiesigen Gerichte von diesem gebietenden Gesetze auch dann keine Ausnahme machen,

---

*) Die Verordnung vom 14. Juni 1849 enthält an den citirten Stellen folgende Bestimmungen:

§. VI., 2. Der Wechselarrest kann nur durch sofortige reine Güterabtretung, nicht durch eine früher bereits erfolgte oder nunmehrige Berufung auf die Verordnung vom 17. December 1834 abgewandt werden.

9. Die persönliche Haft hört auf:

c) wenn der Verhaftete die reine Güterabtretung erklärt, oder wider denselben der Concurs erkannt wird.

wenn die Verhaftung auf Requisition eines auswärtigen Gerichts in einer dort anhängigen Wechselsache geschehen ist, und in dem dortigen Lande für solchen Fall keine Befreiung von der Schuldhaft eintritt.

Querulant hat nun vor dem — — Patrimonialgerichte unterm 3. dieses Monats persönlich die Erklärung abgegeben, daß er sein Vermögen mittels derselben an seine Gläubiger abtrete, und ist diese Original-Erklärung, von dem Patrimonialgerichte attestirt, bereits unter demselben 3. dieses Monats dem competenten Königlich Preußischen Kreisgerichte zu F. übermittelt, so daß dieselbe als zur Zeit des dortigen Einganges bei letzterem Gerichte abgegeben anzusehen ist. Mag auch nicht schon hierauf nach Preußischem Rechte der Concurs über das Vermögen des Querulanten zu eröffnen sein, so enthält sie doch die Insolvenz-Erklärung und setzt daher den Wechselgläubiger in den Stand, die Concurs-Eröffnung zu beantragen. Nach hiesigem Rechte können aber die Gläubiger im Falle der Güter-Abtretung nicht wählen zwischen der Wechselhaft und dem Concurse, sondern müssen sich Letzteren unter Aufhebung der Haft gefallen lassen.

---

## 26.

## Intervention eines angeblichen Eigenthümers bei der Execution in bewegliche Vermögensobjecte.

Mu. 62/1855 Strelitz.

Als das Mobiliar des Gastwirthes S. zu F. demselben auf Antrag eines mit seiner Klage rechtskräftig durchgedrungenen Gläubigers im November 1854 abgepfändet war, protestirte der Tischler B. als Intervenient gegen die Wegnahme und den Verkauf der fraglichen Effecten, indem er sich darauf berief, daß dieselben ihm von dem Gastwirth S. durch den (beigebrachten) Contract vom 23. Juli 1854 verkauft und tradirt und nur aus Mangel an anderweitigem Platze bei dem Verkäufer in Gewahr-

sam geblieben seien. Der klagende Gläubiger gestand als Intervent die Tradition zu, behauptete aber, daß das angebliche Kaufgeschäft simulirt sei und suchte die Execution auch durch Hinweisung auf sein besseres Pfandrecht an dem streitigen Mobiliar aufrecht zu erhalten.

Das Oberappellationsgericht ließ mittels Bescheides vom 8. October 1855 den Interventen zu dem Beweise zu: daß der angeblich zwischen dem Intervenienten und dem Gastwirth S. eingegangene Kaufcontract vom 23. Juli 1854 nur zum Schein geschlossen sei und bemerkte in den Gründen:

Denn ist die obige noch zum Beweise verstellte Behauptung des Interventen richtig, so ist auf den Intervenienten weder das Eigenthum noch der Besitz der angeblich von ihm gekauften Sachen übergegangen und stand folgeweise auch der Vollstreckung der von dem Interventen gegen den S. erwirkten Execution durch Abpfändung dieser fortwährend in der Detention desselben verbliebenen Effecten kein rechtliches Hinderniß entgegen.

Für den Fall der Nichterbringung des erwähnten Beweises wurde die Intervention für begründet und der Verkauf der abgepfändeten Mobilien zur Befriedigung des Interventen für unstatthaft erklärt, und zur Motivirung dieser Entscheidung ausgeführt:

Durch die von dem annoch dispositionsfähigen Schuldner vorgenommene Eigenthumsübertragung hören die von ihm formell gültig veräußerten Sachen allerdings auf ein unmittelbares Executionsobject für den Gläubiger desselben zu sein. Und wenn auch die daran einmal begründeten Pfandrechte durch die geschehene Veräußerung nicht erlöschen, so rechtfertigt doch die Berufung auf das daran zustehende Pfandrecht deren sofortige executionsmäßige Hinwegnahme aus dem Besitze des dritten Erwerbers nicht, wenn auch der veräußernde Schuldner selbst einstweilen noch in der Detention derselben geblieben sein sollte, da er in dieser Beziehung rechtlich nur als Stellvertreter fremden Besitzes erscheint.

---

## 27.

**Die Eröffnung des formellen Concurses wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß nur ein einziger Gläubiger vorhanden ist.** Ru. 626/1860.

Das Oberappellationsgericht sprach in dem Bescheide vom 7. Februar 1861 nachstehende Sätze aus:

Nach der Verordnung vom 17. December 1834, §. 1, und der Executions-Ordnung vom 30. September 1857, §. 16 Nr. 3, hat jeder einzelne Gläubiger in Ermangelung ausreichender Executions-Objecte die Befugniß auf concursmäßige Einleitungen — eventualiter also auf Concurseröffnung — anzutragen. Versteht es sich nun freilich von selbst, daß bei wegfallender Concurrenz mehrerer Gläubiger das Concursverfahren auf diejenigen Handlungen zu reduciren ist, welche nicht durch solche Concurrenz wesentlich bedingt sind, so kann es doch für den alleinigen Gläubiger von erheblichem Interesse sein, daß auf seine Rechtsverfolgung die Grundsätze des Concursprocesses so weit thunlich Anwendung finden. Auch behält in diesem Falle das Decret der Concurseröffnung immer die practische Bedeutung, daß dem Schuldner die Disposition über sein Vermögen entzogen und dieselbe auf den Gläubiger übertragen wird.

Cfr. Schweppe, System des Concurses der Gläubiger. 3. Ausg. §. 24, nr. 4.

---

## 28.

**Zur Auslegung der Verordnung vom 22. Juli 1811 betreffend den Bestand der Pachtcontracte in Concursen.** Ta. 253/1859.

Aus den Gründen des Erkenntnisses des Oberappellationsgerichts vom 18. Juni 1860:

Die Verordnung vom 22. Juni 1811 bestimmt sub I. ganz allgemein, daß mit der Eröffnung eines Concurses allemal ipso jure die Aufkündigung der vorkommenden Pachtcontracte des Schuldners und zwar dergestalt eintreten soll, daß der Pachtcontract über Landgüter nur noch ein Jahr nach dem auf die erste Concurseröffnung folgenden ersten Trinitatis-Termin, jeder andere auf mehrere Jahre geschlossene Pacht- oder Miethscontract aber bis zum zweiten gewöhnlichen Umzugstermin nach Eröffnung des Concurses fortdauern, dann aber als beendigt angesehen sein und die Räumung und resp. Zurückgabe des Pachtstückes sodann ohne Verzug und ohne Beachtung einiger Einwendungen und Rechtsmittel verfügt werden soll. In diesen Gesetzesworten ist ganz allgemein und unbedingt eine ipso jure eintretende Aufkündigung der Pacht- und Miethcontracte als Folge der Concurseröffnung eingeführt, und in gleicher Weise die Beendigung dieser Contracte nach Ablauf der gesetzlichen Kündigungsfrist vorgeschrieben. Es bedarf aber keiner Ausführung darüber, daß kein Contrahent für die Zukunft aus einem bedingten Pacht- oder Miethcontracte Entschädigungsansprüche zu erheben befugt sein kann. Die Gesetzgebung hätte nun freilich bei der Entscheidung der einschlagenden gemeinrechtlichen Controversen auch den Weg wählen können, daß sie unter Vorbehalt der Liquidation weiterer Entschädigungsansprüche im Concurse lediglich Vorschriften über die Zeit getroffen hätte, während welcher die Pacht- und Miethcontracte zwischen dem Gläubigercorps und dem Mitcontrahenten des Cridars aufrecht erhalten werden sollten. Allein die Verordnung vom 22. Juni 1811 ist in der angeführten Bestimmung hierüber hinausgegangen, und würde eine restringirende Auslegung derselben beim Mangel eines jeden — aus dem Gesetze selbst abzuleitenden — positiven Anhaltspunktes um so stärkeren Bedenken unterliegen, je weniger die Iniquität des Resultates zu verkennen ist, welches sich ergeben würde, wenn der Mitcontrahent des Cridars zur Geltendmachung von Entschädigungsansprüchen für die Zukunft als befugt anerkannt werden müßte, obwohl gerade

in seinem Interesse den Concursgläubigern das Recht versagt ist das Pacht- oder Miethverhältniß, wo ihnen solches vortheilhaft, über die in der citirten Verordnung festgesetzte Zeit hinaus fortzusetzen. Jene Verordnung erwähnt daher sub III. unter den Beispielen der sonstigen contractlichen Forderungen, welche dem sub II. aufgeführten Pachtvorschusse gegenübergestellt werden, auch nicht der in Frage stehenden Entschädigungsansprüche, sondern nur der nur etwa auf den Kündigungsfall bedungenen Abfindungsgelder, von welchen auf die Zuständigkeit einer Entschädigungsforderung in dem Falle einer von dem Gesetze selbst als Folge der Concurseröffnung anerkannten Kündigung in keiner Weise geschlossen werden kann.

---

# II. Privatrecht.

## A. Allgemeine Lehren.

### 29.

**Beurtheilung der Form eines im Auslande abgeschlossenen Rechtsgeschäftes nach dem von dem fremden Gesetze abweichenden milderen einheimischen Rechte.** La. 290/1843.

Gegen die Klage, welche der Conducteurgehülfe M. zu S. im Königreich Preußen bei der Justiz-Canzlei zu Güstrow wider den Mecklenburgischen Gutsbesitzer X. wegen Anerkennung seiner Qualität als ehelicher Sohn des Beklagten erhoben hatte, wurde von dem Letzteren die Einrede des Verzichtes auf Grund einer von dem Kläger im Preußischen ausgestellten Urkunde geltend gemacht, mittels deren dieser versprochen hatte, daß der Beklagte von ihm nicht weiter mit der Behauptung der Vaterschaft in Anspruch genommen werden solle. Die Replik bestritt die Relevanz der gedachten Urkunde, weil sie im Preußischen vollzogen sei und daher nach dem dortigen Rechte beurtheilt werden müsse, nach welchem derartige Entsagungen gerichtlich vorzunehmen und sonst nichtig seien.

Das Oberappellationsgericht bezeichnete es in dem Bescheide vom 12. Juni 1854 als irrelevant, daß das Preußische Recht für Verzichte der vorliegenden Art die gerichtliche Erklärung als nothwendig vorschreiben möge, und bemerkte zur Rechtfertigung dieses Ausspruches:

Die Form einer im Auslande abgegebenen Willenserklärung muß stets für genügend erachtet werden, wenn sie nur den Anforderungen des einheimischen Rechtes entspricht. Nur wenn das einheimische Recht strengere Vorschriften über die zu beobachtenden Formen enthält, darf regelmäßig im Interesse der Aufrechterhaltung der fraglichen Handlung auf die milderen Bestimmungen des fremden Rechtes Rücksicht genommen werden; keineswegs aber darf man sich mit dem Kläger zur Entkräftung eines Rechtsactes auf die Rechtsregel locus regit actum berufen, welche lediglich zur Erleichterung des Geschäftsverkehres im Wege des Gewohnheitsrechts ausgebildet worden ist.

---

## 30.

**Ist der nach dem Rechte des Klagortes begründeten Einrede der Klagverjährung gegenüber die Berufung auf abweichende auswärtige Rechtsbestimmungen statthaft?** Bo. 893/1859.

Das Oberappellationsgericht hat diese Frage in Uebereinstimmung mit dem erstinstanzlichen Gerichte durch Bescheid vom 16. Mai 1859 verneint. Der Fall betraf zwei von einem englischen Handlungshause ausgestellte, in England zahlbare Wechsel, welche nach Verfall Mangels Zahlung protestirt und an einen gleichfalls in England wohnenden Indossanten zurückgelangt waren. Nachdem dieser in Concurs gerathen war, hatten die Vertreter seiner Gläubiger jene beiden Wechsel mit einem Nachindossamente in blanco versehen, einem Rostocker Kaufmann eingesandt und demselben zugleich die Regreßrechte des Cridars cedirt. Der Cessionar impetrirte einen Arrest auf Vermögensobjecte des Ausstellers, welche im hiesigen Hafen sich befanden und stellte dann in foro arresti die Wechselklage an. Dieselbe wurde nach §. 79 der deutschen Wechselordnung als verjährt zurückgewiesen und diese Entscheidung aus folgenden Gründen bestätigt:

Mit Recht ist in der angefochtenen Sentenz die Einrede, daß die eingeklagte Wechselregreßschuld durch Zeitablauf erloschen sei, nach den Bestimmungen der deutschen Wechselordnung beurtheilt und danach für begründet erkannt worden. So mannigfaltig und unter sich verschieden die über die Anwendung auswärtiger Rechte bisher aufgestellten Theorieen auch sind, so kann doch, da alle positiven Rechte heut zu Tage unbestritten territoriale Geltung haben, darüber kein Zweifel sein, daß jeder Richter die Frage, ob und welches fremde Orts- oder Landesrecht in einem gegebenen Falle anzuwenden sei, nur nach den Grundsätzen zu beantworten hat, welche das in seinem Gebiete geltende Recht zur Entscheidung dieser Frage darbietet. Hierüber ist denn auch in der That kein Streit, vielmehr rühren die zahlreichen Controversen in dieser schwierigen Lage daher, daß die positiven Rechte, namentlich auch das gemeine deutsche Recht in Gesetzen und nachweisbaren Gewohnheiten nur wenige, zur Gewinnung eines Principes ungenügende Anhaltspunkte gewähren. Die Meinungsverschiedenheit besteht nun eben darin, daß einige Rechtslehrer, wie Pfeiffer (Princip des internationalen Privatrechts), dem auswärtigen Rechte nur so weit Raum geben wollen, als das einheimische auf dasselbe ausdrücklich verweist, oder die Parteien innerhalb der Grenzen erlaubter Privatwillkür sich demselben unterworfen haben; während Andere fremdes Recht in geeigneten Fällen auch auf Grund eines bloß präsumtiven Willens der einheimischen Rechtsnormen oder der Parteien anwenden zu dürfen glauben (Wächter, im Archiv für civilistische Praxis, Bd. XXIV., XXV.), und endlich wieder Andere, insbesondere Savigny (System, Bd. VIII., §. 345 ff.) und Thöl (Handelsrecht, §. 10, Einleitung in das Deutsche Privatrecht, §. 71 ff.) durch wissenschaftliche Deduction ein internationales Privatrecht construiren, dessen Sätze aber nur deshalb auf allgemeine Anerkennung Anspruch machen, weil sie als ergänzende Bestimmungen zu allen positiven Rechten und damit als integrirende Bestandtheile jedes einzelnen nicht ausdrücklich abweichenden Orts- und Landesrechts hingestellt

werden. Diesen abstracten Sätzen und deren practischen Consequenzen wird demnach immer nur die Bedeutung von subsidiären Regeln beigelegt, in so fern das auswärtige Recht auch da, wo es der Theorie nach zur Anwendung zu bringen wäre, dennoch ausgeschlossen bleibt, wenn das einheimische Recht des Ortes, wo das streitige Rechtsverhältniß vor Gericht geltend gemacht wird, darauf bezügliche Vorschriften enthält, welche schlechthin angewendet sein wollen und daher allem fremden Rechte den Eintritt wehren, oder wenn der einheimische Gesetzgeber die Fälle der Anwendbarkeit fremden Rechts ausdrücklich festgesetzt hat in der Absicht, daß im Uebrigen nur einheimisches Recht gelten solle. Daß dies der Standpunkt der Deutschen Wechselordnung sei, daß also alles fremde Recht, so weit nicht ausdrücklich darauf verwiesen ist, von der Anwendung in Deutschen Gerichten ausgeschlossen sein solle, ist weder aus den Worten des Gesetzes, noch aus den veröffentlichten Protocollen der Leipziger Conferenz, aus deren Berathung dasselbe hervorgegangen ist, mit Sicherheit zu entnehmen. Zwar bilden die §§. 84 bis 86 einen eigenen von der ausländischen Gesetzgebung handelnden Abschnitt, allein es ist nicht ausdrücklich gesagt, daß die hier gegebenen Bestimmungen erschöpfend seien. Es kann mithin daraus, daß in dem ganzen Abschnitte von der Verjährung nirgends die Rede ist, nicht ohne Weiteres geschlossen werden, das Gesetz wolle seine auf die Verjährung bezüglichen Vorschriften §. 77 ff. als absolut bindende, jede Berücksichtigung fremder Rechte schlechthin ausschließende Normen betrachtet wissen. Wenn man indessen auch von der, in der Praxis

cfr. Archiv für deutsches Wechselrecht Bd. VI., S. 278 ff.,

bereits geltend gemachten Ansicht ausgeht, es seien alle im Gesetze nicht ausdrücklich entschiedenen Controversen des internationalen Privatrechts auch für das Wechselrecht offene Fragen geblieben, so gelangt man doch auch von diesem Standpunkte aus zu dem Satze, daß Wechselforderungen vor Deutschen Gerichten nur so lange Schutz und Anerkennung finden können, als sie nach hiesigen Gesetzen noch unverjährt sind. Zwar

gehört die Frage, nach welches Ortes Rechten die Voraussetzungen und Erfordernisse der Klagverjährung im einzelnen Falle zu beurtheilen seien, zu den bestrittensten, auch haben sich in neuerer Zeit nicht wenige Schriftsteller und unter ihnen die bewährtesten Autoritäten dafür erklärt, daß das Recht desjenigen Ortes, welcher als der eigentliche Sitz des streitigen Rechtsverhältnisses angesehen werden müsse, darüber entscheide, ob die Klage verjährt sei oder nicht, und daß die am Klageorte etwa bestehenden abweichenden Normen nur so weit zu berücksichtigen seien, als sie absolute, die Anwendung fremder Rechte ausschließende Vorschriften enthalten.

Wächter a. a. O., XXV., Seite 409 ff.
Savigny a. a. O., VIII., Seite 273.
vergl. überhaupt Archiv für deutsches Wechselrecht loc. cit.

Man beruft sich zur Begründung dieses Lehrsatzes darauf, daß die auf die Verjährung bezüglichen Rechtsbestimmungen doch nicht zum Proceßrechte gehören, man verweist dieselben daher in das materielle Recht und argumentirt weiter, mit der eine Obligation erzeugenden Thatsache seien gleichzeitig alle ihre Wirkungen durch das die Obligation nach Form und Inhalt beherrschende Gesetz ein für alle Mal fest bestimmt und zu diesen Wirkungen sei auch die Klagbarkeit und deren Dauer zu rechnen. Diese Argumentation kann indessen als richtig nicht anerkannt werden, wie es denn überhaupt bei näherer Betrachtung der einzelnen denkbaren Fälle zweifelhaft erscheint, ob alle die Verjährung betreffenden Fragen des internationalen Privatrechts durch Aufstellung einer so allgemeinen und einfachen Formel, wie die obige ist, eine befriedigende Lösung erhalten können. Hier interessirt zur Zeit nur die Frage, ob vor einem einheimischen Gerichte eine nach hiesigem Rechte verjährte Klage, welche nach dem örtlichen Rechte der Obligation noch unverjährt ist, zuzulassen sei, und diese Frage muß verneint werden.

Die Verjährung hat mit dem Stoff und Inhalt der Obligation nichts zu schaffen. Sie ist bloß eine äußerliche, davon ganz unabhängige Folge, welche das Recht an das darauf be-

zügliche Verhalten der Parteien, nämlich an die unter bestimmten Voraussetzungen unterlassene Ausübung der Obligation durch Klage knüpft. Es werden also durch das Institut der Klagenverjährung bestimmte Vorschriften über die Art der Ausübung des betreffenden Rechtes aufgestellt, zu welcher Ausübung ja auch die gerichtliche Geltendmachung selbst ihrem Wesen nach gehört. Sind daher diese Vorschriften an sich und in ihrer Einwirkung auf den Bestand des Rechtes selbst auch nicht processualischer Natur, so haben sie doch in so fern einen ähnlichen Charakter, als sie über die Frage entscheiden, ob und unter welchen Voraussetzungen das bestrittene Recht noch Anspruch auf den Schutz des zu diesem Behuf angegangenen Richters hat. Bei der Ertheilung dieses Schutzes hat aber der Richter, eben weil es sich um dessen Zulässigkeit handelt, zunächst sein Recht gerade so gut anzuwenden, wie hinsichtlich der Formen des Verfahrens selbst, gleichwie ja auch sonst die Ausübung eines Rechtes und die dadurch bestimmte Wirksamkeit desselben sich nach Ort und Zeit dieser Ausübung richtet, und für die Ausübung des Eigenthums einer beweglichen Sache Dies auch von Savigny, und zwar hinsichtlich der Verjährung selbst, anerkannt wird — System VIII. Seite 187 ff. —. Warum es bei der Obligation anders sein soll, ist nicht zu ersehen. Ist der Gläubiger durch unüberwindliche Hindernisse zur rechtzeitigen Verfolgung seines Rechtes bei dem ursprünglichen Gerichtsstande der Obligation außer Stande gewesen, so bietet wenigstens unser gemeines Recht dem Richter ausreichende Mittel dar, die durch Anwendung seiner Verjährungsgesetze etwa entstehenden Härten abzuwenden.

Der vorliegende, aus obigen Gründen nach der Deutschen Wechselordnung zu entscheidende Fall ist unter den §. 79 zu subsumiren. Der Appellant ist nicht derjenige Inhaber der libellirten Wechsel, von welchem der §. 78 unter Verweisung auf §. 50 redet. Eben so wenig ist er freilich Indossant; aber er leitet sein Recht, auf Grund eines Nachindossamentes in blanco (cfr. §. 16 Abs. 2) respective einer Cession, von einem früheren Indossanten ab, der die rückläufigen Wechsel

angeblich eingelöst hat, und unter dieser Voraussetzung binnen drei Monaten, von Zeit der Einlösung an gerechnet, gegen den Beklagten, als seinen Vormann, in Gemäßheit des §. 51 Regreß nehmen konnte Da der Appellant unter den angeführten Umständen ein selbständiges eigenes Regreßrecht überall nicht hat, sondern nur die Rechte seines Auctors zu verfolgen befugt ist, so begann auch für ihn die dreimonatliche Frist in dem Momente, in welchem T. die Wechsel remittirt erhielt, und Dies ist unbestrittenermaßen geschehen, ehe derselbe im Jahre 1856 fallirte. Demnach war die eingeklagte Regreßschuld nicht nur bei Insinuation der Klage am 25. September 1858, sondern schon am 17. Mai ejusd. ann., an welchem Tage der Appellant dieselbe von den Vertretern der T'schen Gläubiger erworben haben will, nach Deutschem Rechte längst erloschen und daher im Gebiete der Deutschen Wechselordnung nicht mehr realisirbar. Schon deshalb fehlt es in seiner Person an allen Gründen, zur Gewährung der eventuell erbetenen außerordentlichen Rechtshülfe einer Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, welche um so weniger zu ertheilen ist, als seiner eigenen Angabe zufolge nach englischem Rechte, unter welchem der Beklagte domicilirt, die Wechselregreßklage noch unverjährt ist, so daß es sich hier nicht so wohl um eine Herstellung eines verlornen Rechts, als vielmehr nur um eine Erleichterung der Rechtsverfolgung handeln würde, für deren Gewährung die Billigkeit um so weniger spricht, als dadurch dem Gegner die Vertheidigung in gleichem Maße erschwert werden würde. Von einer processualischen Versäumniß seines Sachwalts kann vollends keine Rede sein, da die Möglichkeit einer Klagerhebung vor dem judicium a quo durch die Arrestanlegung bedingt war, letztere aber nach Lage der Sache nicht früher, als geschehen, impetrirt werden konnte.

---

## 31.

### Ueber die Insinuation großer Schenkungen.

Pu. 485/1860.

In dem Erkenntnisse vom 11. März 1861 erklärte das Oberappellationsgericht die Schenkung eines Capitals von 5000 Thlr. N⅔, welche die Wittwe K. zu Brüel am 28. December 1813 der Ehefrau des Schuldners, der verehelichten S. zu G., gemacht hatte, in dem über 1400 Thlr. hinausgehenden Betrage für ungültig. Der bezügliche Theil der Rationen, welcher zugleich eine Darstellung des Factischen enthält, lautet also:

10. — Die Schenkung betraf die Summe von 5000 Thlr. N⅔ oder 5833 Thlr. 16 ßl. Cour. Der Betrag wird dadurch nicht gemindert, daß die Donatarin und deren Erben die Forderung erst nach vielen Jahren geltend machen durften, und die inzwischen aufkommenden Zinsen der Wittwe K. und deren Sohne verblieben. Da nun hiedurch die Summe von 500 solidi weit überschritten wurde, so bedurfte der Vertrag der gerichtlichen Insinuation, so daß, wenn diese nicht oder fehlerhaft geschehen ist, das Geschäft nur bis zum Belaufe von 500 solidi Gültigkeit hat. Eine alte Praxis hat den solidus einem Ungarischen Ducaten ursprünglichen Gepräges hier gleichgestellt, und wenn auch die Berechnung nicht ganz genau sein mag,

Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft, Bd. 6, Seite 391,

so ist doch die Praxis eine so feste, daß sie auf Anerkennung Anspruch hat. Demzufolge gelten 500 solidi für 1400 Thlr. Preuß. Courant;

v. Savigny, System des heutigen römischen Rechts, Bd. 4, S. 210 und die dortigen Citate not. g,
Puchta, Pandecten, §. 69,
Arndts, Pandecten, Aufl. 3, §. 81, Anm. 1,

und hängt hier die Wirksamkeit der exceptio donationis wegen der mehr geschenkten 4433 Thlr. 16 ßl. Cour. von dem Urtheile über die Insinuation ab. Es entscheidet in diesem Betreff das gemeine Recht. — — — — — — — — —

11. — Die Urkunde enthält den Vertrag mit dem Schuldner, — dem die Wittwe die Zusicherung ertheilt, daß die Capitalien während ihrer und ihres Sohnes Lebenszeit nicht gekündigt werden sollen — und die Schenkung der Capitalien an die Ehefrau des Schuldners. Zugleich bevollmächtigt die Wittwe in der nämlichen Urkunde den Advocaten Tſ. zu G. specialiter, mittelſt Einreichung derſelben beim Land- und Hofgerichte zur vollkommenen Bündigkeit der Acte die höchſtrichterliche Beſtätigung zu erbitten. Der Advocat Tſ. führte Dieſes ſo aus, daß er am 14. Januar 1814 die mit dem Notariats-Inſtrumente verſehene Urkunde mittels einer ſchriftlichen Eingabe im Namen der Wittwe K. beim Land- und Hofgerichte einreichte, ſich auf die Nothwendigkeit der richterlichen Beſtätigung zum Rechtsbeſtande der Schenkung bezog, und ſolche Confirmation nachſuchte. — — — — — — — — — (Nach Zwiſchenverhandlungen über die verſäumte Beilegung des erforderlichen Stempelbogens verfügte das Land- und Hofgericht sub dato 21. April 1814 [auf das vom Advocaten Tſ. wiederholte Confirmationsgeſuch]) ganz wie gebeten worden, indem es eine von dem Protonotar beglaubigte Abſchrift der Urkunde zu den Acten nahm, und das Original der dem Advocaten Tſ. inſinuirten Ausfertigung des Decrets anheften ließ. Das Decret lautet, es werde hiemit auf Bitte der verwittweten K. die Schenkungsacte über die bei dem Ehemanne der Beſchenkten ſtehenden 5000 Thlr. N⅔ oberſtrichterlich dergeſtalt beſtätigt, daß ſelbige ihrem ganzen Inhalte nach gültig und verbindlich ſein ſolle.

12. — — — — — — — — — — — —

13. Das Land- und Hofgericht war weder die Behörde, unter welcher die Wittwe K. in erſter Inſtanz ſtand, noch hat es eine andere Cognition, als die ſich aus der Prüfung der Urkunde nach Form und Inhalt ergebende, angeſtellt. Die Kläger halten deshalb wegen mangelnder Competenz des Land- und Hofgerichts und unterbliebener causae cognitio die Inſinuation für wirkungslos, und ſind außerdem der Anſicht, daß die Form der Inſinuation nicht durch die auf ſchriftlichen Antrag eines Mandatars erfolgte ſchriftliche Cognition erfüllt werde. Für die

richtige Beurtheilung der über diese Punkte unter den Parteien verhandelten Streitfragen bedarf es eines näheren Eingehens auf das Römische Recht, so wie auf die gemeinrechtliche Dogmengeschichte.

14. — Die älteste Constitution, welche über die Nothwendigkeit der Insinuation der Schenkungen auf uns gekommen ist, findet sich in den Vaticanischen Fragmenten §. 249, und erheblich abgekürzt in l. 1 Cod. Theod. de donationibus (8, 12). Von da ist sie — noch mehr abgekürzt und unter Weglassung einer in l. 21 C. de administrat. tutorum (5, 37) aufgenommenen Bestimmung — in den Justinianischen Codex Tit. de donationibus (8, 54) als l. 25 übergegangen.

Nach den Vaticanischen Fragmenten hat die Constitution den Zweck der Insinuation ausdrücklich darin gesetzt, ut res multorum mentibus, oculis, auribus testata nullum effugiat etc. Eben so erhellt aus l. 31 C. h. t., daß die Insinuation beweisende publica monumenta schuf, worauf denn auch Ausdrücke, wie

Donationes interveniente actorum testificatione conficiuntur. l. 27 C. eod. l. 17 C. de donat. ante nuptias (5, 3),
actorum (gestorum) confectio. l. 19. C. de sacrosanctis ecclesiis (1, 2) l. 27 cit.,
actis monumentorum insinuari. Nov. 127 cap. 2,

genügend hinzeigen, und es ist bekannt, daß unter acta s. gesta das Protokoll einer Behörde verstanden wird, die das jus actorum hatte.

Puchta, Cursus der Institutionen, Bd. 1, §. 92.

Besteht demnach die Bedeutung der Vorschrift in l. 25 C. h. t.:

actis etiam annectendis, quae apud judicem vel magistratus conficienda sunt: cfr. l. 34 eod. in fin. verb.: „omnimodo acta reposcere“,

gerade darin, daß über das Geschäft ein gerichtliches Protokoll mit beweisender Kraft aufzunehmen sei, so müssen selbstverständlich die Contrahenten ihre Willensmeinung vor Gericht er-

klären, also dort sich, wenn Alles bereits aufgesetzt ist, wenigstens zu dem Inhalte der Schrift bekennen.

Daß so die Römische Insinuations-Form war, ist wohl nicht zu bestreiten.

v. Savigny, Geschichte des Römischen Rechts im Mittelalter, Bd. 1, Seite 107 ff., und System des heutigen römischen Rechts, Bd. 3, Seite 241.

Marezoll, in der Zeitschrift für Civilrecht und Proceß, Bd. 1, S. 5,
Puchta a. a. O.,
Schilling, Institutionen, Bd. 3, §. 358, Seite 890,
Wetzell, System des Civilprocesses, Bd. 1, Seite 145.

Mochte auch die Abwesenheit des Beschenkten übersehen werden können, die Gegenwart des Donators, oder doch eine solche von dem Gerichte ausgehende Befragung desselben über seine Willensmeinung, daß dadurch ein selbständiger Beweis der Zustimmung geliefert werden konnte, war unerläßlich.

Das ganze Verfahren wird von

Conradi Parerga lib. IV. nr. I. Instrumentum plenariae securitatis, §§. 4 und 14 (Helmst. 1739),

ausführlich geschildert, und wurden danach im Falle der Abwesenheit des Gebers an denselben — ungeachtet des producirten Vertrags-Instruments und des von ihm bereits durch epistola erklärten Consenses — Mitglieder der Curie nebst dem Exceptor deputirt, welche ihm die producirte Urkunde zu zeigen und vorzulesen, und sodann über seine Antwort zu referiren hatten. Die uns aus dem Ende des 5. und dem 6. Jahrhundert aufbewahrten Denkmäler bestätigen die Treue der Darstellung.

Spangenberg, juris Rom. tabulae negotior. solenn. sub III., in specie nr. 28 et 33,
v. Savigny, Geschichte des Röm. Rechts, Bd. 1, Seite 343 ff.,
Heimbach, in Ortloffs juristischen Abhandlungen, Bd. 1, S. 604 ff.

15. — Das Wesentliche der ganzen Vorschrift besteht darin, daß der Richter die Schenkung constatire, und namentlich die Erklärung des Gebers über selbige urkundlich mache, was nur durch dessen gerichtliche Vernehmung erreicht werden kann. Ohne diese äußere Form blieb das Geschäft imperfect, und wenn der Richter

auf die schriftliche Ueberreichung des Instruments die darin bezeugte Verhandlung bestätigt, so thut er nicht Das, was das Gesetz will, sondern setzt die Wahrheit voraus, und für diese liegen bloß Urkunden vor, denen das Gesetz die Wirksamkeit abgesprochen hat. In der That wird seine Mitwirkung nun ganz bedeutungslos; denn sie beschränkt sich auf gerichtliche Aufbewahrung des schriftlichen Gesuches und einer beglaubigten Abschrift der Schenkungs-Urkunde.

Aus denselben Gründen kann es auch nicht für genügend erachtet werden, wenn der Schenker, statt selbst vor Gericht zu erscheinen, einen Procurator zum Zwecke der Insinuation der Schenkung bevollmächtiget; denn in einem solchen Falle würde für den Richter der Schenkungswille nur aus den von dem Procurator beigebrachten Documenten erkennbar werden; der Schenkungswille soll aber, in so weit eine Insinuation nothwendig ist, nicht anders beachtet werden, als wenn derselbe durch ein gerichtliches Protokoll constatirt wird, wie insbesondere die l. 27 C. de donationibus (8, 54) zeigt, welche als specielles Motiv für die Forderung der Insinuation die Abschneidung heimlicher Betrügereien geltend macht. Zur Unterstützung des vorstehenden Resultates dient auch die Erwägung, daß, wenn gleich der Zweck der Insinuation zunächst und unmittelbar nur die Sicherung eines Beweises durch die Gerichtsacten ist, doch durch die Form der gerichtlichen Erklärung zugleich mit eine Garantie für die Ernstlichkeit des Schenkungswillens gegeben wird, eben diese aber wegfallen würde, wenn die Bevollmächtigung eines Dritten zur Vornahme der Insinuation, oder die Einreichung eines schriftlichen Insinuationsgesuches für ausreichend erklärt würde.

16. — Aus dem dargelegten Zwecke der Insinuation folgt, daß es für dieselbe keiner causae cognitio bedarf, indem eine solche zu der bloßen Beglaubigung einer Handlung nicht gehört, und die Mitwirkung des Richters bei der Insinuation der Schenkungen nur zur Constatirung anderer Verhältnisse verlangt wird. Auch wird in keinem der einschlagenden Gesetze auf eine causae cognitio oder die Nothwendigkeit richterlicher Bestätigung hin-

gewiesen. Die Confirmation ist etwas ganz Außerwesentliches und giebt dem Acte keine größere Kraft, als er ohnehin hat, so wie ihr Mangel dem richtigen Vorgange Nichts von seiner Wirksamkeit entzieht. Immerhin mag es unter Umständen angemessen erscheinen nach den Verhältnissen zu fragen, auf die Folgen aufmerksam zu machen, und zu warnen — die protokollarische Aufnahme des Entschlusses des Schenkers darf der Richter nie verweigern. Was sodann den Competenzpunkt betrifft, so sieht man zwar aus l. 3 und l. 8 C. Theod. de donationibus (8, 12), daß der Act der Insinuation früher nur vor dem forum ordinarium des Donators oder an dem Orte, wo die betreffenden Grundstücke lagen, vollzogen werden konnte. Aber Leo hat Dies in l. 30 C. de donationibus (8, 54) abgeändert, indem er — abgesehen von der Ausnahme für Constantinopel — der freien Wahl des Donators überließ, in welcher Provinz und welcher für solche Geschäfte zuständigen Behörde er insinuiren will, und die Nov. 127 Cap. 2 zeigt, daß Dies bestehendes Recht geblieben ist.

17. — Die gemeinrechtliche Doctrin und Praxis sind von den vorstehenden Resultaten des reinen Römischen Rechts in mehrfacher Beziehung abgewichen. Zunächst fordert nämlich eine Reihe von Schriftstellern die Insinuation der großen Schenkung vor einem competenten Richter.

Guido Papae, decis. Gratianop. Qu. 325.,
Sichard, dictata et praelect. in l. 34 C. de donationib. (8, 54),
Wesenbecius, commentar. ad D. lib. 39, tit. 5, nr. 6.,
Meier, colleg. Argentor. tom. II., lib. 39, tit. 5, nr. 13, pag. 1092 seq.,
Richter, consilia, Vol. II., cons. 381, nr. 35 ff. — Cfr. cons. 297,
Perez, praelect. in Cod. lib. 8, tit. 54, nr. 30,
Coler, de processib. executiv. p. II. cap. I. nr. 9.,
Wernher, observ. tom. I., p. V., obs. 129,
Schmid., de insinuat. donat., §§. 14 und 16,
Hellfeld, jurisprud. forens. §. 1702,
Claproth, jurisprud. extrajud. sect. II. membr. 2, cap. 2, tit. 6, §. 199,
Glück, Erläuterung der Pandecten, Th. 3, §. 193, II. Lit. B. und §. 194, Seite 99 ff.

Eine zweite Abweichung betrifft das Requisit der causae cognitio. Nach dem Referat des Baldus (in leg. 16 C. de sacrosanct. eccles. (1, 2) nr. 7) verlangte schon Guilelm. de Cuneo ein die Schenkung approbirendes Decret des Richters. In gleicher Weise hält Guido Papa a. a. O. eine richterliche Confirmation der Schenkung für erforderlich, geht Mynsinger (ad §. 2 J. de donationib. [2, 7]) von der Nothwendigkeit eines den Consens des Richters zu der Schenkung aussprechenden Decretes aus, und wird von mehreren späteren Juristen in der Consequenz dieser Ansicht einer causae cognitio für wesentlich erklärt.

Vergl. Hahn, observat. theoretico-pract. ad Wesenbecii commentar. ad D. l. 39., tit. 5, not. nam ne prodigaliter,
Richter, Wernher, Schmid, Hellfeld, Claproth, Glück, a. d. angeführt. Stellen.
Leyser, meditat. ad. Pand. Vol. VI., spec. 433, med. VII.,
Strube, rechtliche Bedenken (ed. Spangenberg) Bd. 2, nr. 428,
Overbeck, Meditationen, Bd. 6, nr. 313.

In überwiegender Mehrzahl hielten indeß Theoretiker und Praktiker den beiden erwähnten Abweichungen gegenüber am Römischen Rechte fest und forderten demgemäß weder Competenz des Richters noch causae cognitio.

Vergl. Bartolus, ad l. 23. C. de donationibus (8, 54) n. 2 f.,
Gaill, pract. observ. lib. 2 obs. 39 in fin.,
A. Barbosa thesaur. locor. commun. lib. 9 cap. 90. pag. 505,
Carpzow, jurisprudent. forens. p. II. const. 12, def. 18,
Lauterbach, de voluntar. jurisdictione §. 27,
Stryk, disput. tom. III. disp. 1 cap. 3, nr. 39,
Berger, oeconomia jur. lib. 2 tit. 2 nr. 28,
Goebel, de donat. quae judicialib. sunt inser. tab. §. VII. ff. und §. XVI.,
Pufendorf, observation. jur. universi IV. nr. 121,
Höpfner, Commentar über die Heineccischen Institutionen, §. 413, nr. 3.
Kind, quaest. forens., ed. 2, tom. 2 cap. 80,
v. Berg, juristische Beobachtungen, Thl. 2, nr. 16,
Weber, Erläuterung der Pandecten, Thl. 2, Seite 354,
Thibaut, System des Pandectenrechts, 8. Ausgabe, §. 562,
Marezoll a. a. O. Seite 6 ff.,
v. Savigny, System des heutigen römischen Rechts, Bd. 4, S. 217,

Sintenis, Civilrecht, Bd. 1, Seite 211 not. 38,
Heimbach sen., in Weiske's Rechtslexicon, Bd. 9, Seite 702.

Hienach kann von einer bindenden Praxis, durch welche die Competenz des Richters oder die Vornahme einer causae cognitio zu den wesentlichen Requisiten der Insinuation großer Schenkungen erhoben wäre, nicht die Rede sein, und muß daher der Mangel beider für irrelevant erklärt werden.

18. — Nach einer von alter Zeit her vielfach verbreiteten Theorie soll die Insinuation von Schenkungen durch einen Procurator geschehen können, Cujacius (consult. III.) spricht sich hiefür aus, indem er geltend macht: donationem fieri posse per procuratorem, l. 4 D. de donationibus (39, 5); ergo et insinuari; plus enim est fieri quam insinuari, quo argumento utitur l. ult. §. penult. C. de donationib. ante nuptias (5, 3). Anton Faber (codex definit. lib. 8 tit. 40 defin. 6) bezeugt sogar, daß zur Insinuation gewöhnlich („ut fieri solet") Procuratoren bestellt würden. Gleicher Ansicht mit den beiden angeführten Schriftstellern sind: Berlich (conclusion. practicab. p. III. concl 4 nr. 31) und Barbosa a. a. O., welcher sich auf die allgemeine Zulässigkeit der Stellvertretung unter Anführung der l. 1 §. 2 D. de procuratoribus (3, 3), beruft. Als der Hauptbegründer und der für die Deutsche Praxis einflußreichste Verbreiter der in Frage stehenden Ansicht muß aber Carpzow (respons. jur. elect. lib. V. tit. 7 resp. 56 nr. 7 ff.) genannt werden. Auch er macht unter Bezugnahme auf l. 1 §. 2 de procur. cit. und cap. 72 de regulis juris in VI. die allgemeine Statthaftigkeit der Stellvertretung bei Rechtsgeschäften geltend, und glaubt außerdem in der Nov. 127 cap. 2 eine ausdrückliche gesetzliche Anerkennung der Rechtsgültigkeit der Insinuation durch einen Procurator zu finden. Carpzow's Auctorität hatte zahlreiche Nachfolger.

Vergl. W. A. Lauterbach, colleg. theoret. pract. lib 39 tit. 5, §. XII.,
Martini, comment. forens. in ordinat. processus Tit. 7 §. 7 nr. 58.

Müller, ad G. A. Struvii syntagma jur. civil. lib. 39, tit. 5, exercit. 40 not. E,

Wernher, observ. t. I. p. I. obs. 35 supplem. — (freilich im Widerspruche mit t. 1 p. V. obs. 129) —,

Goebel, dissert. cit. §. XVI,

J. H. Böhmer, consult. et decis. t. II. p. I. resp. 551 nr. 24 und t. III. p. II. decis. 458 nr. 8,

Leyser, meditat. vol. XII. suppl. ad spec. 433,

Schmid, a. a. O. cap. I. §. 18,

Curtius, Handbuch des im Königreich Sachsen geltenden Civilrechts, Thl. 3, §. 1338, not. c., Seite 504 f.;

vergl. auch Tafel auserlesene Civilrechtssprüche, Bd. 2, nr. 9, S. 62 ff.

In gewisser Weise stimmt mit der vorstehenden Rechtsansicht auch Meier (colleg. Argentor. lib. 39 tit. 5 nr. 13) überein, welcher zwar zuerst die Gegenwart des Schenkers und des Schenknehmers verlangt, dabei aber den Zusatz macht: „quam (praesentiam donatoris et donatarii) tamen non adeo necessariam volunt, si de consensu et voluntate utriusque certo constat“ und ebenso fordert Tabor (tractatuum vol. I. paratitla ad tit. C. de donationib. p. 924) die Gegenwart des Schenkers und des Beschenkten, „nisi de enixa voluntate et consensu utriusque partis alias abunde constat“. Nachdem man das Requisit der persönlichen Gegenwart des Schenkers aufgegeben, erschien es als eine nothwendige Consequenz, auch die Insinuation für rechtsgültig zu erklären, welche auf ein bloß schriftliches Gesuch desselben und ohne den persönlichen Vortritt eines Procurators vorgenommen war, und diese Consequenz ist von bedeutenden Auctoritäten in der Theorie, so wie bei der Rechtsprechung anerkannt worden.

Vergl. Carpzow, Lauterbach, Müller, Wernher, J. H. Böhmer, Leyser an den angeführten Orten;

desgleichen Pufendorf observat. t. IV. obs. 121.

Nur ein geringer weiterer Schritt auf dem Wege der Abschwächung der Insinuationsform ist es, wenn Thibaut (System des Pandectenrechtes §. 562) lediglich eine deutliche gerichtliche Anzeige fordert. Für das geltende Recht kann indeß allen diesen Ansichten keine Bedeutung beigelegt werden. Im Allgemeinen unterliegt nämlich die fortdauernde Gültigkeit der die Insinuation

betreffenden Vorschriften des Römischen Rechts keinem Zweifel. Die Rechtslehrer der älteren und neueren Zeit charakterisiren die Insinuation fast einstimmig entweder kurzweg als professio, publicatio donationis apud acta (gerichtliche Verlautbarung), oder beschreiben sie in wesentlicher Uebereinstimmung mit den Gesetzen. Man vergleiche außer Sichard, Meier, Perez, Höpfner, Kind, Overbeck, Marezoll, v. Savigny, Sintenis, Heimbach cit.

H. Pistor, quaest. lib. 3 qu. 9 — in operib. omn. p. 994 —,
Tabor, tractatuum vol. I. paratitla ad tit. C. de donat. p. 924
Voet, commentar. ad Pand. 39, 5 nr. 15,
Stryk, disput. tom. 2 disp. 12 cap. 5 nr. 20,
Goebel, dissert. cit. §. XXV,
Schmid, de insinuat. donat. cap. 1 §. 4,
Puchta, gerichtliches Verfahren in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit, Thl. 1, Seite 91,
v. Löhr, im Archiv für civilistische Praxis, Bd. 15, Seite 441,
Göschen, Vorlesungen, Bd. 2, Abth. 2, §. 538, Seite 450.

Von derselben Grundansicht gehen aus die sich eng an das Römische Recht anschließenden Rechtssprüche in den Beilagen zu den Rostockschen Nachrichten 1837 Seite 204 nr. 15, so wie bei Tafel a. a. O., bei Bruhn Entscheidungen des Oberappellationsgerichts zu Lübeck, Bd. 2, Seite 466 ff., und bei Ortloff juristische Abhandlungen, Bd. 1, Seite 606, vergl. auch

Rambohr, juristische Erfahrungen, Th. 3, Seite 634,

welcher Bedenken gegen die von Pufendorf a. a. O. mitgetheilte Entscheidung äußert, so wie

Cannengiesser. decisiones supremi Tribunal. Hasso-Cassellan. tom. V. decis. CLII. Seite 153,

wo die Gültigkeit der Römischen Bestimmungen über die Insinuation großer Schenkungen anerkannt wird.

Auch fehlt es nicht an Schriftstellern, welche bei der Darstellung der Insinuationsformen theils in unzweideutiger Weise die Gegenwart des Schenkers voraussetzen, theils dieselbe ausdrücklich verlangen.

Vergl. Baldus ad l. 16 C. de sacrosanct. eccl. (1, 2) nr. 9, und ad l. 30 C. de donationibus (8, 54),

Wesenbecius, commentar. ad D. lib. 39 tit. 5 nr. 6,
Richter, consil. Vol. II. cons. 297 nr. 24,
Brunnemann ad ll. 27, 30 et 32 C. de donationib. (8, 54)
Hesse, dissert. de insinuat. donationum rite conficienda (Lips. 1844) §. 9 Seite 23.
Strube, Overbeck, v. Berg, Ortloff, Göschen, Marezoll und Heimbach sen. an den angeführten — Stellen.

Die entgegengesetzte Ansicht wird nirgends auf die Behauptung einer vom Römischen Rechte abweichenden Praxis gestützt, sondern allein mit theoretischen aus jenem Rechte entnommenen Gründen vertheidigt, und muß eben deswegen, so wie bei Erwägung der ganzen im Vorstehenden dargelegten Dogmengeschichte, nach dem Werthe jener Gründe beurtheilt werden. Von vorn herein stellt sich aber das Argument als unhaltbar bar, welches Cujacius und Carpzow theils von der allgemeinen Zulässigkeit der Stellvertretung bei Eingehung von Verträgen, theils von der speciellen Möglichkeit der Vollziehung einer Schenkung durch Mittelspersonen hernehmen; denn sie lassen dabei ganz die Frage außer Acht, ob nicht gerade bei der Insinuation um des von den Gesetzen mit derselben verbundenen Zweckes willen eine Ausnahme von der sonst auch bei Schenkungen anerkannten, Statthaftigkeit der Stellvertretung gemacht werden muß. Die von Cujacius angezogne l. ult. §. 1. C. de donationib. ante nuptias (5, 3) berührt diese Frage gar nicht, und eben so wenig kann für dieselbe Etwas aus der von Carpzow angeführten eigenthümlichen Vorschrift der Nov. 127 cap. 2 abgeleitet werden, da dies Gesetz an die Unterlassung der Insinuation der donatio ante nuptias nur einen Nachtheil für den Mann knüpft, welcher diese Schenkung vollzieht, oder in dessen Namen sie von einem Dritten hergegeben wird, während bei sonstigen großen Schenkungen gerade die Ungültigkeit des Geschäftes in Bezug auf den 500 solidi übersteigenden Betrag zu Gunsten des Schenkers die Folge der unterlassenen Insinuation sein soll.

19. — Es ist demnach als Resultat festzuhalten, daß gemeinrechtlich durch kein neueres Gewohnheitsrecht die Bestimmungen des Justinianischen Codex aufgehoben sind, nach deren

richtig verstandenem Sinne die Gegenwart des Schenkers bei der gerichtlichen Insinuation erfordert wird. Auch ist die Römische Insinuationsform durch kein geschriebenes Gesetz umgewandelt worden. Daß das regelmäßige schriftliche Verfahren des Land- und Hofgerichts die Citation nicht ausschloß, ist bekannt, und wenn es dieselbe oder Anordnung einer Deputation nicht angemessen fand, so konnte es durch ein Commissorium an das betreffende Niedergericht das Erforderliche constatiren lassen. Die Zweckmäßigkeit und Ausreichlichkeit dieses Weges war keinem Zweifel unterworfen. Die Kammergerichts-Ordnung von 1555 zählt Th. 3, Tit. 3 insinuationes donationum zu den causae extraordinariae, ohne über das Verfahren ein Wort zu verlieren, und eben so wenig läßt die Vorschrift der Reichshofraths-Ordnung von 1654, Tit. 3, §. 15 – wonach bei Gesuchen um Confirmation von Kauf- und anderen Verträgen der Contract in originali oder glaubhafter Abschrift im Namen beider Contrahenten und mit deren Vollmacht zu produciren — irgend erkennen, wie Donationen durch Insinuation zu Stande gebracht werden.

Wenn endlich im vorliegenden Falle das Land- und Hofgericht die Schenkungsacte dergestalt bestätigte, daß sie ihrem ganzen Inhalte nach gültig und verbindlich sein solle, so sieht man nur die Form der Confirmation eines jeden Vertrages, von welcher insinuationes donationum immer unterschieden wurden, und läßt sich daher, da nur Confirmation — wenn auch um der Schenkung Rechtsbestand zu verschaffen — erbeten worden, nicht einmal mit Sicherheit behaupten, daß das Land- und Hofgericht damit die geschehene Insinuation hat ausdrücken wollen. Jedenfalls kann diese Vorkommenheit nicht beweisen, daß die Insinuationen großer Schenkungen bei den Landesgerichten durch feste Praxis von einer Form entbunden waren, die dem Acte allein eine Bedeutung verlieh. Bei den Niedergerichten wird hiebei über die Nothwendigkeit des protocollarischen Verfahrens kein Zweifel aufkommen können. Die Gesetzgebung geht davon sowohl in den älteren Sporteltaxen, die der insinuationes donationum besonders erwähnen (vergl. das amtsgerichtliche Tax-

reglement von 1802 und die verschiedenen in der v. Bothschen Fortsetzung Seite 278, 345, 363 und 382 abgedruckten Gebührentaxen) als auch in der für die Niedergerichte vom 15. März 1858 sub XI., entschieden aus.

---

Das von dem Beklagten gegen dies Erkenntniß eingelegte Rechtsmittel der Restitution ist nicht prosequirt worden, da die Parteien sich außergerichtlich verglichen haben.

---

## 32.

### Ueber den Umfang der Rechtskraft. Ha. 699/1859.

Unter dem 13. Januar 1839 war zwischen dem Forstrathe von H. auf Sp. und dem Großherzoglichen Kammer- und Forst-Collegio ein Kauf-Contract abgeschlossen, in welchem der von H. gegen den nach Kubikfußen bestimmten Kaufpreis aus den zu dem Gute Sp. gehörigen Waldungen 20,000 Tannen dergestalt verkauft hatte, daß von denselben dem Großherzoglichen Kammer- und Forst-Collegio jährlich 1500 Stück, welche dasselbe sich alljährlich aussuchen lassen sollte, zu liefern waren. Als nun der Kammerprocurator B. Namens des Großherzoglichen Kammer- und Forst-Collegii unterm 25. September 1843 bei der Justiz-Canzlei zu Güstrow gegen den Verkäufer darauf klagte, daß derselbe die Auswahl der auf den Jahrgang 18⁴⁴/₄₅ contractlich zu liefernden 1500 Tannen und deren Bezeichnung mit dem herrschaftlichen Waldhammer gestatte, schützte der Beklagte die exceptio doli vor, indem er behauptete, durch falsche Vorspiegelungen des Forstcommissairs J., dessen sich das Kammer- und Forst-Collegium als Unterhändlers bedient, zur Eingehung des Contracts bewogen zu sein. Der Forstcommissair J. habe nämlich vor Abschluß des Contracts wider besseres Wissen die ihm — dem Verkäufer — gestellten und demnächst dem Contracte grundleglich gemachten Bedingungen als dieselben bezeichnet, unter

denen das Kammer- und Forst-Collegium einen bedeutenden Handel mit seinem — des Beklagten — Nachbaren, dem Baron v. H. auf R. geschlossen habe. Unbekannt mit den Mecklenburgischen commerciellen Verhältnissen habe er geglaubt, nicht vorsichtiger handeln zu können als durch Contrahirung unter denselben Bedingungen wie sein mit den Holzconjuncturen des Landes vertrauter Nachbar, Baron H. auf R., welcher, wie ihm bekannt, mit seinem Holzcontracte zufrieden gewesen sei. Auch habe er — Beklagter — keinen Grund gehabt, den Angaben und Versicherungen des Mandatars des Kammer- und Forst-Collegii zu mistrauen, weswegen er in vollem Vertrauen mit demselben abgeschlossen habe. Wie er erst nach der Vollziehung des Contractes erfahren, habe ihn der Forstcommissair J. aber getäuscht; der Contract des Baron von H. auf R. sei nämlich nicht nur nicht mit dem Seinigen identisch, sondern Baron von H. erhalte nach demselben mindestens 50 pCt. mehr als er. Das vom Beklagten auf diese Behauptungen gegründete Gesuch geht dahin: ihn wegen des gerügten dolus causam dans von der Erfüllung des Contractes zu entbinden. In der Duplik gab derselbe demnächst noch ergänzend die einzelnen Punkte an, in denen sich die ihm gestellten Verkaufsbedingungen zu seinem Nachtheil von dem Contracte des Baron von H. auf R. unterscheiden sollten.

Nachdem das erste Erkenntniß der Justiz-Canzlei zu Güstrow die in Frage stehende exceptio doli verworfen hatte, gestattete das Oberappellationsgericht mittels Erkenntnisses vom 25. Mai 1848 dem Beklagten den Beweis derselben, in so weit ihr thatsächliches Fundament vom Kläger geleugnet worden, dahin:

> daß die ihm (in der Anlage 1 ad [1] prim. inst.) gestellten Kaufbedingungen in den in der Duplik [17] Seite 19—21 sub 1, 3, 4, 5 ibid. angegebenen Punkten in totum vel in tantum von den dem Baron von H. auf R. bei dem (in der Anlage B. ad ibidem erwähnten) Holzverkaufe gestellten Bedingungen abwichen.

Der Versuch des Beklagten, diesen Beweis zu erbringen, mislang nach dem übereinstimmenden Ausspruche der Justiz-Canzlei zu Güstrow und des Oberappellationsgerichtes vom

3. April 1856 gänzlich und wurde er in Folge dessen rechtskräftig in Gemäßheit des Klagegesuchs verurtheilt.

Nach dieser siegreichen Durchführung der die Tannenlieferung des Jahres $18^{44}/_{45}$ betreffenden Klage klagte der Kammerprocurator B. Namens des Großherzoglichen Kammer- und Forst-Collegii unterm 21. Februar 1857 bei der Justiz-Canzlei zu Güstrow gegen den Gutsbesitzer von H. auf Sp., als Erben des Forstrathes von H. auf Sp., aus dem oben erwähnten Holzhandel weiter darauf, daß derselbe die Auswahl der auf die 12 Jahrgänge $18^{45}/_{56}$ annoch nachzuliefernden 11,000 Tannen aus den zu dem Gute Sp. gehörenden Waldungen und deren Bezeichnung mit dem herrschaftlichen Waldhammer gestatte.

Der Beklagte schützte dieser Klage gegenüber wiederum die bereits im ersten Processe geltend gemachte exceptio doli vor, zu deren Begründung er jedoch außer den bereits in jenem früheren Rechtsstreite behaupteten Differenzen der ihm gestellten Bedingungen und des Holz-Contractes des Baron von H. auf R. noch mehrere neue Punkte anführte, in denen die Ersteren zu seinem Nachtheile von den Letzteren abwichen.

Der Kläger berief sich hiergegen in der Replik auf die auch für den neuen Proceß Maß gebende Rechtskraft der in dem ersten Proceß rechtskräftig ergangenen Entscheidungen.

Das Oberappellationsgericht erklärte in dem auf Appellation des Beklagten erlassenen Erkenntnisse vom 24. Januar 1861 diese replicatio rei judicatae für begründet und führte zur Motivirung dieser Entscheidung Folgendes aus:

1. — Bei der rechtlichen Beurtheilung der vom Kläger gegen die exceptio doli vorgeschützten replicatio rei judicatae ist von entscheidender Bedeutung, daß sich die frühere Klage ebenso wie die gegenwärtige auf den Kaufcontract gründete, welcher von dem Forstcommissair J., als Mandatar des Großherzoglichen Kammer- und Forst-Collegiums, mit dem Vater des Beklagten über 20,000 Tannen abgeschlossen worden ist und beide Klagen sich nur durch die Richtung der Gesuche auf verschiedene Jahrgänge der vom Beklagten zu liefernden Tannen unterscheiden. Es kann nämlich kein Zweifel darüber sein, daß

eine die Berufung auf Rechtskraft rechtfertigende Identität der Streitsache vorliegt, wenn der Beklagte in beiden Processen die Rechtsgültigkeit des den beiden Klagen zu Grunde liegenden Kaufcontractes durch die Behauptung eines aus denselben Thatsachen hergeleiteten dolus causam dans anzufechten versucht. Wie nothwendig es sei, die frühere Entscheidung über die exceptio doli unter den hervorgehobenen Voraussetzungen generell und über den speciellen Streit rücksichtlich der damals eingeklagten Jahreslieferung hinaus als Maß gebend zu behandeln, ergiebt sich nicht allein aus dem von einer allgemeinen Betrachtung aus anzuerkennenden Vorhandensein der in der l. 3 und 7 §. 4 de except. rei judic. (44, 2) von Julian für die Anwendlichkeit der exceptio rei judicatae aufgestellten Requisite, sondern auch aus der Analogie der l. 7 §. 1 de compens. (16, 2) und der l. 19 de except. rei judic. (44, 2), nach deren Aussprüchen es wegen der entgegenstehenden Rechtskraft der früheren Entscheidung unstatthaft ist, mittels einer Klage von Neuem das Recht geltend zu machen, welches bereits in einem voraufgegangenen Processe als Grund einer Einrede benutzt, aber aberkannt worden ist. Es versteht sich aber ganz von selbst, daß, wenn der rechtskräftigen Entscheidung über ein Exceptionsrecht überhaupt eine über die Elision der fraglichen Klage hinausgehende Wirkung beigelegt wird, kein Unterschied zwischen den Fällen gemacht werden kann, in welchen der in dem früheren Processe Belangte das ihm aberkannte Recht entweder wiederholt in einem neuen Rechtsstreite zur Begründung einer der neuen Klage des Gegners entgegenstehenden Einrede heranzieht, oder dasselbe als Fundament einer von ihm selbst zu erhebenden Klage einer wiederholten richterlichen Entscheidung unterbreiten will. Wie demnach der Appellant nach den angeführten Aussprüchen der römischen Juristen nicht mehr befugt sein würde, durch die Thatsachen, aus welchen er in dem vorigen Rechtsstreit die Existenz eines dolus causam dans abzuleiten suchte, nach rechtskräftiger Verwerfung seiner bezüglichen Einrede eine auf die in integrum restitutio gegen den Kaufcontract gerichtete Klage zu begründen, so kann er dieselben wegen der entgegenstehenden

Rechtskraft auch nicht mehr zur Zurückweisung der gegen ihn wegen späterer Jahreslieferungen erhobenen neuen Klage geltend machen. Gegen die Anwendung der vorstehenden Resultate auf den gegenwärtig streitigen Fall kann auch daraus kein Einwand entnommen werden, daß die exceptio doli im vorigen Rechtsstreite nicht von vornherein als unbegründet verworfen, sondern, nachdem vom Beklagten die bezüglichen Beweise verfehlt worden, zurückgewiesen ist. Denn der Sinn der Beweisinterlocute kann nur dahin gedeutet werden, daß der Richter seinen Ausspruch über die Existenz oder Nichtexistenz der Exceptionsrechte von der Führung der rücksichtlich derselben auferlegten Beweise abhängig macht und muß, nachdem diese Letzteren rechtskräftig für mislungen erklärt worden sind, die Nichtexistenz der fraglichen Exceptionsrechte als feststehend betrachtet werden, ohne daß etwas darauf ankommen kann, ob und wie weit das Gegentheil der zum Beweise verstellten Thatsachen in dem Beweisverfahren constatirt worden ist, welches dem das Exceptionsrecht als unbegründet verwerfenden Erkenntnisse voranging.

2. In Gemäßheit der Ausführungen der vorstehenden ratio — — — — — — — — kann sich der Kläger auf die Rechtskraft der in dem früheren Rechtsstreite ergangenen Entscheidungen — zur Entkräftigung der exceptio doli berufen, welche von dem Beklagten auf die Versicherung J's über die Identität der ihm gestellten Kaufbedingungen mit denjenigen des von H.'schen Contractes gegründet worden ist. Die Richtigkeit dieser Consequenz ist ohne Weiteres klar, in so weit der Beklagte gegenwärtig wiederum dieselben Differenzpunkte geltend macht, welchen bereits das rechtskräftige Erkenntniß vom 3. April 1856 jede rechtliche Relevanz für den Nachweis eines dolus causam dans abgesprochen hat. Es könnte nun zwar zweifelhaft erscheinen, ob der Beklagte nicht ungeachtet der Rechtskraft jenes Erkenntnisses noch mit der Berufung auf diejenigen Differenzpunkte zu hören sei, welche von ihm in dem früheren Processe überall nicht zur Sprache gebracht sind und gegenwärtig als eine Erweiterung der factischen Substantiirung der fraglichen Einrede zum ersten Male zur richterlichen Beurtheilung verstellt worden. Allein

indem der Beklagte in jenem früheren Rechtsstreite die in Frage stehende exceptio doli vorschützte, und daran die Bitte um die Entbindung von der Erfüllung des Contractes knüpfte, brachte er die Frage in litem, ob der dolus, welchen J. durch die Versicherung über die Identität der Bedingungen der beiden in Frage stehenden Contracte begangen, für ihn einen Anspruch auf Aufhebung des Kaufhandels begründe, und es liegt daher eine — für das Vorhandensein der Rechtskraft entscheidende Identität der quaestio vor, so oft es der Beklagte versucht, von Neuem aus dem angeführten dolus J's ein Recht auf Rescission des Contractes herzuleiten. Zur Bestätigung dient die Erwägung, daß es für den Umfang der Rechtskraft überhaupt irrelevant ist, ob eben dies Recht als Grundlage einer Einrede oder mittels Erhebung einer Klage geltend gemacht wird; es kann aber darüber kein Zweifel sein, daß dem jetzigen Appellanten ganz unbedingt Rechtskraft entgegenstehen würde, falls er zum zweiten Male — wenn auch immerhin unter Hervorhebung neuer Differenzpunkte — aus der mehrberegten dolosen Versicherung J.'s auf Aufhebung des Contractes klagte, nachdem er schon einmal dieserhalb Klage erhoben und nach durchgeführtem Beweisverfahren mit dem bezüglichen Anspruche rechtskräftig abgewiesen worden ist.

---

## 33.

### **Zur Lehre vom** beneficium competentiae, **und von der** exceptio, nisi bonis cesserit.

(Ka. 114/$_{1859}$ Strelitz.) Aus den Gründen des Erkenntnisses vom 26. April 1860:

Wer seinen Gläubigern sein ganzes Vermögen hingiebt, hat zwar dadurch die Schulden nicht getilgt, wird aber von allen Klagen seiner damaligen Creditoren so lange befreit, bis er ein neues und nicht unbeträchtliches Vermögen erworben hat (si quid postea ei pinguius accesserit). Von diesem Umstande

hängt nun das Nachforderungsrecht jener Creditoren ab, weshalb letztere das Dasein desselben thatsächlich zu begründen und eventualiter zu beweisen haben. Die Gesetze begnügen sich damit, Acquisitionen gewisser Art, so wie ein modicum aliquid von den Angriffen solcher Gläubiger auszuschließen und überlassen im Uebrigen dem richterlichen Ermessen, ob tales facultates vorhanden, welche die Zulassung zur Klage rechtfertigen. Dabei versteht sich von selbst, daß — da der Schuldner ihnen nur in id, quod facere potest, condemnirt werden kann — ein neues Vermögen, welches nur zum Lebensunterhalte für die Familie ausreicht, nicht in Betracht kommt.

Diese gemeinrechtlichen Sätze

l. l. 4, 6 und 7 D. de cessione bonorum (42, 3),
l. 7 in fin. C. qui bonis cedere (7,71),
l. 3 C. de bonis autoritate judicis (7,72),
§. 40 J. de actionibus (4, 6),
§. 4 J. de replicationibus (4, 14)

bilden die Grundlage der eidlichen Caution, welche der Cridar nach der Land- und Hofgerichts-Ordnung II, 45 §. 4 zu leisten hat durch die Verheißung, seinen Gläubigern auf deren Erfordern, falls Gott ihm künftiglich zu Glück und Besserung seiner Nahrung verhelfen werde, nach dem Maße seines Vermögens weiter zu zahlen.

2. (Su. 1399/1862.) Der Kaufmann X. wurde in dem Concursverfahren, welches mittels Decretes vom 13. October 1858 über sein Vermögen eröffnet war, zum beneficium cessionis bonorum zugelassen und erhielt später (am 29. März 1860) eine landesherrliche Anstellung mit einem in monatlichen Raten auszuzahlenden jährlichen Gehalte von 800 Thalern. Als er sodann unterm 11. December 1861 von dem Handlungshause S. aus zwei am 27. Juli 1858 ausgestellten Wechseln auf Bezahlung von 400 Mk. Bco. nebst Verzugszinsen vom 2. März 1861, als dem Tage der Präsentation der Wechsel an, belangt wurde, bekämpfte er die Klage durch Berufung auf das ihm in seinem Concurse zugestandene beneficium cessionis

bonorum, wogegen der Kläger in der Replik seinen Klageanspruch sammt dem Gesuche um Verurtheilung des Beklagten unter dem Präjudiz der wechselmäßigen Hülfsvollstreckung insbesondere auch mit der Behauptung aufrecht erhielt, daß der Beklagte durch die erlangte landesherrliche Anstellung ad meliora gekommen sei.

Das Oberappellationsgericht verurtheilte den Beklagten durch das Erkenntniß vom 3. April 1862, dem Kläger sub poena executionis die libellirten 400 Mk. Bco. in monatlichen Raten (von einem nach den concreten Verhältnissen bemessenen Betrage) zu bezahlen und mit diesen Zahlungen am 1. Mai 1862 zu beginnen. – Die Gründe enthalten folgende Ausführungen:

1. — — — — — — — — — —

2. Im Allgemeinen steht es fest, daß der Schuldner, welcher bonis cedirt, seinen derzeitigen Gläubigern gegenüber für die Zukunft das beneficium competentiae gewinnt,

§. ult. J. de actionibus (4, 6),
l. 3 C. de bonis auctoritate judicis (7, 72),

und zwar erfordert es die Consequenz, die Wirksamkeit dieser Rechtswohlthat allen denjenigen Gläubigern gegenüber anzuerkennen, welchen durch die cessio bonorum die rechtliche Möglichkeit gegeben wird, ihre Befriedigung aus dem abgetretenen Vermögen zu suchen, so weit die Kräfte desselben reichen. Zur Bestätigung dient die l. 4 §. 1 D. de cessione bonorum (42, 3), deren Beziehung auf spätere Gläubiger im Zusammenhange des Justinianischen Rechts bei einer Vergleichung der bereits angeführten beiden Gesetzesstellen als unmöglich erscheint. Es ist demnach irrelevant, ob der zur Geltendmachung einer Forderung im Concurse berechtigte Gläubiger sich auf das Liquidationsproclama gemeldet hat oder nicht; argum. l. 4 D. de separationibus (42, 6) wird aber in dem geltenden Concursrechte allgemein anerkannt, daß das Recht der Meldung sich auch auf die betagten Ansprüche erstreckt, welche aus einem bereits zur Zeit der Concurseröffnung begründeten Rechtsverhältnisse

herrühren. Die Berufung des Beklagten auf das ihm in Folge der cessio bonorum zustehende beneficium competentiae wird daher nicht dadurch ausgeschlossen, daß die libellirten Forderungen aus den beiden schon vor der Concurseröffnung ausgestellten Wechseln zur Zeit der letzteren noch nicht fällig waren.

3. — — — — — — — — — — —

4. — — — — — — — — — — —

5. Es liegt in der Consequenz der Begriffe, daß die Execution nicht gegen die Person Desjenigen gerichtet werden kann, welcher einen Anspruch darauf hat, daß die Verurtheilung nicht allein auf den Betrag seines Vermögens beschränkt, sondern von diesem Betrage auch noch das zu seinem Lebensunterhalte Nothwendige abgezogen werde.

Francke, im Archive für die civilistische Praxis Bd 23. Seite 412 und 414,
Seuffert's Archiv Bd. 1 Nr. 297.

Auch dient die Verordnung vom 14. Juni 1849 zur unmittelbaren Bestätigung dieses Satzes, da Derjenige, welcher nicht die Mittel zur Bezahlung der Wechselschuld hat, sich nach §. VI., 9 sub c. des citirten Gesetzes der Wechselhaft (abgesehen von dem Falle der wider ihn verfügten Concurseröffnung) nur durch die reine Güterabtretung entziehen kann, die indirecte Erzwingung einer solchen cessio bonorum durch Erwirkung der Wechselhaft aber mit dem Rechte des Schuldners auf Belassung der Competenz in entschiedenem Widerspruche stehen würde. Endlich muß überhaupt nach der Vorschrift des §. VI., 9 sub c. cit. angenommen werden, daß die Wechselhaft durch die cessio bonorum ein für alle Mal beseitigt wird. Die Verurtheilung des Beklagten zur Bezahlung der streitigen Schuld in monatlichen Raten von — Thlrn. konnte daher nur unter dem gewöhnlichen Präjudize der Execution, nicht unter demjenigen der wechselmäßigen Hülfsvollstreckung ausgesprochen werden.

6. — Der Anspruch des Klägers auf Verzugszinsen ist unbegründet. Denn der Schuldner, welcher bonis cedirt hat, kann sich, abgesehen von dem in der l. 4 pr. D. de cessione

bonorum (42,3) und im §. 40. J. de actionibus (4, 6) besprochenen beneficium competentiae (mittels der exceptio, nisi bonis cesserit, jeder Klage früherer Gläubiger mit Erfolg so lange erwehren, als er nicht erhebliches neues Vermögen erworben hat,

vergl. l. 4 C. de bonis auctoritate judicis (7, 72),
l. 4 D. de cessione bonorum (42, 3),
l. 17 pr. D. de receptis, qui arbitrium (4, 8)
so wie auch die Land- und Hofgerichts-Ordnung II., 45,

und es fehlt deswegen auch an den Voraussetzungen für die rechtliche Wirksamkeit der Interpellation eines zur wirksamen Berufung auf jene Einrede berechtigten Schuldners. Im vorliegenden Falle ist aber die Sachlage von der Art, daß der Beklagte nur auf Grund der über seine jetzigen Vermögensverhältnisse zu den Acten gebrachten Darlegungen zu kleineren Theilzahlungen von seiner laufenden Diensteinnahme angehalten, und die Verurtheilung selbst erst auf zukünftige Termine gerichtet werden kann. — — —

Das in derselben Sache auf das Rechtsmittel des Beklagten von dem Oberappellationsgerichte unterm 14. Juli 1862 erlassene Restitutionserkenntniß weist eine Berechnung des Beklagten über seine Ausgaben, durch welche derselbe die Unmöglichkeit irgend eines Schuldenabtrages neben der Bestreitung der für sich und seine Familie nothwendigen Bedürfnisse darzulegen suchte, mit folgender Bemerkung zurück:

Der Beklagte hat vermöge des ihm zustehenden beneficium competentiae dem Kläger gegenüber Anspruch darauf, daß ihm von seiner jährlichen Einnahme so viel verbleibe, als er zum standesmäßigen Unterhalte für sich und seine Familie nöthig hat. Der Richter arbitrirt, womit der Schuldner bei so sparsamer Wirthschaft, als ihm durch die Rücksicht auf die bestehenden Schuldverhältnisse zur Pflicht gemacht wird, seinem Stande gemäß mit der Familie auskommen kann ohne Noth zu leiden, und kann sich dabei, in so weit nicht außerordentliche Verwendungen in Frage stehen, auf eine Moderation der

vom Schuldner über seine gewöhnlichen Ausgaben formirten Berechnung nicht speciell einlassen, sondern nur einen allgemeinen Maßstab anlegen.

3. (Sa. 1393/$_{1862}$.) Das Oberappellationsgericht verwarf den Antrag auf die Verfügung concursmäßiger Einleitungen, welchen eine Tochter, als andrängende Gläubigerin, gegen ihre Mutter gestellt hatte, mittels Bescheides vom 17. März 1862 aus folgenden Gründen:

Die Beklagte (hat) als Mutter der klagenden Tochter gegenüber – Anspruch auf das beneficium competentiae; dem Gläubiger aber, welcher wegen seines persönlichen Verhältnisses zu dem in Anspruch genommenen Schuldner die Realisirung seiner Forderung auf gerichtlichem Wege nur unter den durch jene Rechtswohlthat gebotenen Beschränkungen zu fordern berechtigt ist, kann nicht die Befugniß zugestanden werden, auf concursmäßige Einleitungen und eventualiter auf die Eröffnung eines Universalconcurses anzutragen, da ein solcher Antrag das Verlangen der Convocation sämmtlicher Gläubiger in sich schließt und in dem daran sich knüpfenden weiteren Verfahren jede Möglichkeit der Beachtung des beneficium competentiae wegfällt, in so weit Gläubiger sich melden und demnächst zur Hebung kommen, welchen gegenüber der in den Concurs gedrängte Schuldner sich nicht auf diese Rechtswohlthat berufen kann.

Bei der entgegengesetzten Behandlung der Sache würde sich der Widerspruch ergeben, daß dem Gläubiger — also hier dem Kinde, welches bei der gerichtlichen Verfolgung seiner Forderung gegen die Mutter dieser das zum Lebensunterhalte Nothwendige lassen soll — dennoch das Recht eingeräumt würde, gegen dieselbe ein Verfahren in Bewegung zu setzen, welches dem Schuldner die Disposition über sein ganzes Vermögen nimmt und die letzten Subsistenzmittel entzieht, und nur unter ganz besonderen Verhältnissen (vergl. Schweppe, System des Concurses §. 40 nr. 1) eine Möglichkeit für die Berück-

sichtigung der Rechtswohlthat der Competenz gewährt. Auch ist die Erwägung entscheidend, daß die Befugniß, auf Einleitung eines Concursverfahrens anzutragen, lediglich ein Ausfluß des Rechts auf Vollstreckung des Judicats ist, eben dies Recht aber dem zur Berufung auf das beneficium competentiae berechtigten Schuldner gegenüber auf die dem letzteren entbehrlichen Vermögensobjecte beschränkt ist und daher wegfällt, wenn derartige Objecte nicht weiter zu ermitteln sind.

---

## B. Sachenrecht.

### 34.

### Was ist zur Vollendung des Eigenthumserwerbes rücksichtlich der dem Empfänger auf Bestellung von einem auswärtigen Geschäftsfreunde gesendeten Waaren erforderlich? Ta. 253/1859.

Das Oberappellationsgericht verurtheilte mittels Erkenntnisses vom 18. Juni 1860 auf Grund einer von den Gebrüdern P. und den Kaufleuten G. & C. H. erhobenen Vindication die creditorischen Stellvertreter im Debitwesen des Kaufmanns T. zu Rostock zur Herausgabe von Waaren, welche von den Vindicanten dem Cridar kurz vor dessen Insolvenzerklärung zugesandt waren.

Die Gründe dieses Erkenntnisses, aus welchen sich zugleich die weiteren relevanten Thatsachen ergeben, lauten also:

1. — Wenn zwar der Kaufmann, welcher bei einem auswärtigen Geschäftsfreunde Waaren bestellt, dadurch zugleich den Willen des Eigenthumserwerbes zu erkennen giebt, und im Allgemeinen bei der Beurtheilung der von demselben beim Empfange der Waaren vorgenommenen Handlungen von der Voraussetzung der Fortdauer jenes Willens ausgegangen werden muß, so ist es doch unrichtig, den Traditionsact in Bezug auf die für den Eigenthumserwerb nothwendige Acceptation von Seiten des Empfängers als in dem Momente vollendet zu behandeln, in welchem dieser den factischen Besitz der Waare erlangt. Die thatsächliche Herrschaft über die ihm zugesandte Waare wird für den Besteller schon durch die Aufnahme in die zu seiner Disposition stehenden Localitäten begründet; allein eine solche Aufnahme involvirt keineswegs die der Tradition des Absenders rechtlich nothwendig correspondirende Annahme. Denn da dem Em-

pfänger zweifellos die Befugniß zusteht, vor seiner Entscheidung über das Behalten der Waare erst noch deren Besichtigung vorzunehmen, und ein Verzicht desselben auf diese Befugniß nicht ohne Weiteres beim Mangel besonderer Gründe angenommen werden kann, so stellt sich die Entgegennahme der noch in der Verpackung befindlichen Sendung von der Post überhaupt nur als ein einleitender Act dar, welcher für sich allein nicht den definitiven Willen des Eigenthumserwerbes bekundet und daher auch noch nicht die Acceptation der auf die Eigenthumsübertragung gerichteten Tradition zum vollen Abschlusse bringt. Um die Frage zu entscheiden, ob der Empfänger das Eigenthum der Waare erworben habe, muß daher außer der ersten Aufnahme der Sendung auch das spätere Benehmen desselben in Erwägung gezogen werden, und, wie zweifellos jede Veränderung in dem Eigenthume des Absenders für den Fall zu verneinen ist, in welchem der Empfänger nach Eröffnung des Pakets das Behalten der Waare wegen Mangels an der contractlichen Beschaffenheit ablehnt, bevor sein Recht zum Proteste durch längeres Schweigen verloren gegangen ist, so rechtfertigt sich die gleiche Entscheidung auch dann, wenn derselbe rechtzeitig nach der Besichtigung der Waare aus einem anderen Grunde den Willen der Zurücksendung kund giebt, indem damit der durch die Aufnahme der Waare herbeigeführte schwebende und in Bezug auf die Vollendung des Eigenthumserwerbes ungewisse Zustand aufgehoben, und definitiv die Realisirung dieses Erwerbes zurückgewiesen wird.

2. — Gerade das so eben Hervorgehobene ist die Lage der Sache in Bezug auf die von den Gebrüdern P. und den Kaufleuten G. & C. H. vindicirten Waaren. Der Cridar hat nämlich den Willen dieselben nicht zu behalten, deutlich dadurch an den Tag gelegt, daß er — seiner in dieser Beziehung unbestrittenen Erklärung in der Anlage Nr. 8 ad [25] prior. zufolge — jene Sachen nach vorgenommener Besichtigung zum Zwecke sofortiger Retournirung wieder verpackt und zurücksignirt hat. Irrelevant ist es, daß er nicht zur Ausführung der Rücksendung gelangte, da es gleichfalls unbestritten ist, daß er sich davon

durch den Einspruch des Handelsreisenden des Handlungshauses R. V. & Comp. zu Hamburg hat abhalten lassen, und, wenn auch dieser Einspruch als ein für den Cridar rechtlich unverbindlicher anerkannt wird, doch bei rechtlicher Würdigung des hervorgehobenen Motives nur angenommen werden kann, daß der Letztere aus Rücksicht auf das zu seinen Gläubigern gehörende Handlungshaus R. V. & Comp. den derzeitigen factischen Zustand habe unverändert fortbestehen lassen, keinesweges aber nachträglich noch den Entschluß die Waaren als sein Eigenthum zu behalten, habe fassen und realisiren wollen. Der Tag, an welchem der Einspruch des erwähnten Hamburger Handlungshauses erfolgte, erhellt nicht aus den Acten. Erwägt man aber, daß die fraglichen Waaren bei dem Cridar erst in der Zeit vom 15. bis 25. März 1858 eingegangen waren, und die Insolvenzerklärung schon am 9. April 1858 geschah, so liegt offenbar kein so langes stillschweigendes Behalten der Waaren von Seiten des Cridars vor, daß daraus der auf den Erwerb des Eigenthums gerichtete Wille abgeleitet werden könnte. Dahingestellt bleiben kann, ob der Cridar, wie er selbst angiebt, schon beim Eingang der Waaren eingesehen hat, daß er sein Geschäft wegen der zu großen Verschuldung nicht länger werde aufrechterhalten können; denn jedenfalls wurde ihm diese Erkenntniß sofort nach Besichtigung der Waaren das Motiv zum Entschlusse der Rücksendung, und verlangte nicht allein die bona fides die Ausführung dieses Entschlusses, welcher nach Maßgabe des Vorstehenden die Vollendung des bis dahin unentschiedenen Eigenthumserwerbes verhinderte, sondern hätte sich der Cridar entgegengesetzten Falles auch nach §. 4 der Falliten-Ordnung von 1750 selbst strafbar machen können.

---

## 35.

**1. Ueber Editionspflicht.**

**2. Cumulation der** rei vindicatio **und der** actio finium regundorum **in Bezug auf die innerhalb eines größeren Gutes liegenden Kirchenländereien, deren Lage und Grenzen nicht mehr genau zu ermitteln sind.** Sa. 154/1857. Strelitz.

Der Kirchenprocurator W. zu S. klagte bei der Justiz-Canzlei zu Neustrelitz als Vertreter der Kirche zu St. gegen die Erben des Domänenraths S. auf St.

1. wegen Edition eines näher bezeichneten Planes (Charte) des Gutes S. vom Jahre 1767 und des dazu gehörigen Feld- (Schlag-) Registers, indem er behauptete, daß aus diesen Urkunden die im Laufe der Zeit ungewiß gewordene Lage der innerhalb der Gutsfeldmark zerstreut gelegenen Kirchenländereien ersehen werden könne, und cumulirte hiermit
2. eine Klage auf Restitution der fraglichen Kirchenländereien, welche nach seiner Behauptung von den Beklagten in und mit dem Gutsterritorio besessen würden.

Das Schicksal dieser beiden Klagen war, daß das Oberappellationsgericht die Zweite in Uebereinstimmung mit dem ersten Urtheile angebrachter Maßen abwies, dagegen die in erster Instanz rein abgewiesene erste Klage für begründet erklärte und demgemäß die Beklagten verurtheilte, dem Kläger binnen drei Wochen sub poena executionis den Plan des Gutes St. von C. S. de anno 1767 und das dazu gehörige Feld (Schlag-) Register zur Einsicht bei dem Gerichte erster Instanz vorzulegen.

Die Gründe des vom 16. April 1859 datirten Erkenntnisses des Oberappellationsgerichts lauten also:

1. — Bei der Frage über die streitige Exhibitionspflicht der Beklagten ist von entscheidender Bedeutung, daß der Kläger zur Genüge bescheinigt hat, daß die Kirche zu St. vor Alters

mit Acker dotirt worden ist, und dieser sich länger als ein Jahrhundert in dem Pachtbesitze der Gutsherrschaft befunden hat, von welcher bis auf die gegenwärtige Zeit hin jährlich eine bestimmte Summe als Kirchenackerpacht bezahlt wird. Die als Anlage E. ad [1] Canc. beigebrachte S.'sche Charte umfaßt das gesammte Territorium des Gutes St., und enthält eine specielle Zeichnung der zu demselben gehörenden einzelnen Acker-, Wald- und sonstigen Stücke, während das zu derselben gehörende Register seiner Bestimmung zufolge weitere Auskunft über die einzelnen in die Zeichnung aufgenommenen Stücke giebt. Falls nun die Annahme des Klägers richtig ist, daß die gedachten Urkunden die Lage und den Umfang der Kirchenäcker nachweisen, kann die Verbindlichkeit der Beklagten zur Exhibition mit Grund nicht in Zweifel gezogen werden; denn die Ausdehnung der Vermessung auf das Eigenthum der Kirche weist auf die Absicht hin, im gemeinschaftlichen Interesse der Betheiligten den vorgefundenen Bestand urkundlich festzustellen, und steht es den Beklagten unter der hervorgehobenen Voraussetzung um so weniger zu, der Kirche gegenüber eine lediglich ihrem privativen Interesse dienende Bedeutung jener Urkunden geltend zu machen, da dieselben ihrem Rechtsvorgänger, dem Landdrosten v. A. bei Vertauschung des Gutes St. und der damit verbundenen Uebertragung des dortigen Kirchenpatronates von Seiten der Großherzoglichen Kammer übergeben worden sind, und das Patronat sich mit dem Gute auf die Beklagten vererbt hat. Wenn nämlich auch die patronatische cura beneficii zunächst ein Recht des Patrons ist, so schließt dasselbe doch auch eine Pflicht der Fürsorge in sich (ctr. Landesgrundgesetzlicher Erb-Vergleich §. 490 verb. „Die Kirchen-Patronen sollen"), und würde es ein mit dieser kirchenrechtlichen Stellung geradezu unvereinbarer dolus sein, wenn der Inhaber des mit einem Gute verbundenen Patronates die ihm mit diesem überkommenen Papiere, auf welchen sich Vermessungsnotizen über das gesammte Gutsterritorium mit Einschluß der dort belegenen Kirchenländereien finden, der Kenntnißnahme der Kirchenadministratoren vorenthalten wollte. Hinzukommt, daß der Kläger die erwähnten

Urkunden gerade zur Ermittelung der Grenzen der Kirchenländereien benutzen will, durch deren Vermischung ein nach Art der Communion zu beurtheilendes Verhältniß zwischen der Kirche und der Gutsherrschaft entstanden ist, jeder Communionsinteressent aber die Verpflichtung hat, die zum Zweck der Auseinandersetzung nothwendigen Mittel, welche ihm zu Gebote stehen, zu gewähren. Steht nun freilich beim Leugnen der Beklagten dahin, ob die fraglichen Urkunden wirklich Notizen über die St.'er Kirchenländereien enthalten, so darf doch aus der Specialität der Charte mit hoher Wahrscheinlichkeit darauf geschlossen werden, daß die urkundlich niedergelegten Vermessungs-Resultate sich auch auf den Kirchenacker erstrecken, falls derselbe als solcher bei der Vermessung im Jahre 1767 noch aufzufinden gewesen ist, und genügt diese Sachlage, um ein rechtlich zu beachtendes Interesse des Klägers an der Exhibition der beregten Urkunden darzulegen, indem von demselben nicht ein weiterer Nachweis über den Inhalt der ihm unzugänglichen Papiere verlangt werden kann, und der Richter in Fällen der vorliegenden Art nach l. 3 §. 9 D. ad exhibendum (10, 4) überhaupt mit Bescheinigungen sich begnügen muß. Die facultas exhibendi ist dadurch streitlos, daß die Beklagten in der Duplik — [44] Canc. — Seite 5 — ausdrücklich erklärt haben, daß sie für den Fall ihrer Verbindlichkeit zur Exhibition nicht anstehen würden die Charte von S. und das dazu gehörige Feldregister von dem hochfürstlichen Gute St. de 1767 vorzulegen. Rücksichtlich dieser Urkunden ist daher die vom Kläger begehrte Verurtheilung erfolgt.

— — — — — — — — — — — — —

2. — Da es sich bei der rei vindicatio um die rechtliche Verfolgung des Eigenthums an concreten Objecten handelt, so erscheint es als eine für die Begründung derselben durch die Natur der Sache gerechtfertigte Regel, daß der Kläger den Gegenstand seines Eigenthums so genau zu bezeichnen hat, daß dieser in seiner Individualität und Unterscheidung von anderen Objecten erkennbar werde.

Vergl. l. 5 §§. 4, 5 und l. 6 pr. D. de rei vindicatione (6, 1).

Die römischen Juristen halten indeß an dieser Regel nicht

mit so unbedingter Strenge fest, daß sie das Recht des Klägers in allen Fällen, in welchen derselbe das Object seines Eigenthums nicht in erkennbarer Weise zu bezeichnen vermag, als verloren behandeln sollten; sondern sie suchen die Forderungen der aequitas auch hier durch Ausnahmen von der formellen Rechtsconsequenz zur practischen Geltung zu bringen. So räumen l. 5 pr. D. de rei vindicatione (6, 1) und §. 28 J. de rerum divisione (2, 1) in dem Falle, wo Getreide von zwei verschiedenen Eigenthümern ohne deren Willen vermischt ist, denselben nach Analogie des ideell getheilten Eigenthums pro modo frumenti cujusque (jedoch unter Berücksichtigung der Qualität) eine Vindication ein, obwohl die commixtio keine Eigenthumsveränderung hervorbringt und daher der Vindicant — der Strenge nach die einzelnen ihm gehörigen Körner nachweisen müßte. Für den Fall des Zusammenfließens flüssiger oder geschmolzener verschiedenen Eigenthümern gehöriger Massen wird durch die Annahme einer communio geholfen, und danach dem Einzelnen eine vindicatio partis, oder die communi dividundo actio zugestanden.

Vergl. §. 27 J. de rerum divisione (2, 1),
l. 7 §§. 8, 9 D. de acquir. rer. dominio (41, 1),
l. 3 §. 2, l. 4 D. de rei vindicatione (6, 1).

In ähnlicher Weise werden bei Grundstücken diejenigen Streifen oder Theile als gemeinschaftlich betrachtet, deren Zugehörigkeit zu dem einen oder dem anderen fundus in Folge einer unauflöslichen Grenzverwirrung nicht mehr ermittelt werden kann; zur practischen Durchführung dieses letzten Satzes benutzen die Römischen Juristen die actio finium regundorum, bei deren Entscheidung dem Richter die Befugniß eingeräumt ist, die Communion des streitigen Grundstückes durch Feststellung neuer Grenzen im Wege der adjudicatio aufzuheben, wenn die alten Grenzen nicht wieder aufgefunden werden können.

l. 2 §. 1 D. finium regundorum (10, 1.)

Allerdings erörtert das corpus juris den Fall nicht besonders, daß die individuelle Erkennbarkeit eines vorhandenen, in einem Landgute liegenden praedium rusticum wegen Unterganges

aller die Unterscheidbarkeit beider möglich machender Merkmale und Zeichen zu jedem Theile verloren gegangen ist. Hält man aber alle allegirten Stellen zusammen, so muß auch in diesem Falle dem Eigenthümer des vorhandenen, aber wegen fehlender Merkmale factisch nicht mehr kenntlichen Grundstücks eine ähnliche Hülfe gewährt werden. Die ratio, welche die Römischen Juristen im Falle einer unauflöslichen Grenzverwirrung zur Anerkennung einer communio an den von der Ungewißheit betroffenen Theilen eines größeren fundus geführt hat, waltet mit derselben Stärke ob, wo der fundus selbst als ein kleineres Ganzes durch die Grenzverwirrung dermaßen in einem größeren Grundstücke verschwunden ist, daß seine Lage nicht mit Bestimmtheit ermittelt werden kann, und die bereits hervorgehobenen Fälle der confusio und commixtio bieten eine richtige Analogie. Als formelles Mittel für die Realisirung der dargelegten Forderung der aequitas stellt sich die Verbindung der actio finium regundorum mit der rei vindicatio dar, da es in dem zur Frage stehenden Falle darauf ankommt, durch die Aufsuchung und Feststellung der Grenzen zugleich die fundos zu ermitteln, welche der Kläger in Anspruch nimmt. Damit auf diesem Wege ein practischer Erfolg erreicht werde, muß der Kläger aber Thatsachen behaupten und erforderlichen Falls beweisen, durch welche zu seinen Gunsten eine bestimmte adjudicatio rücksichtlich der von dem Beklagten besessenen Grundstücke möglich wird, und gehört dazu jedenfalls, daß er die Größe nachweise.

3. — Wendet man die vorstehenden Grundsätze auf den gegenwärtigen Fall an, so erscheinen zwar die Gesichtspunkte, von welchen aus das angefochtene Erkenntniß die rei vindicatio und die actio finium regundorum angebrachtermaßen abgewiesen hat, als zu streng; Dessenungeachtet aber hat diese Entscheidung selbst bestätigt werden müssen. Der Kläger hat nämlich während der gesammten Verhandlungen des Processes zugestanden, daß die Grenzen der von ihm in Anspruch genommenen Aecker nicht mehr erkennbar seien. Er erklärt deswegen in [4] der Oberappellationsgerichts-Acten Seite 20 ausdrücklich, daß er sich damit begnügen müsse, daß er an den angezeigten Stellen Acker

von der angegebenen Größe erhalte, ohne auf eine bestimmte Bonität Anspruch machen zu können; er sei mit der schlechtesten Bonität zufrieden, welche das Gutsterritorium alldort habe. Dies zeigt deutlich, daß er sich nicht getraut, eine individuell bestimmte Fläche nachzuweisen. Wie wenig die von ihm auf der S.'schen Charte eingetragenen Bleistiftzeichnungen zu einer genauen Fixirung der geforderten Ackerflächen geeignet sind, ist bereits in der rat. IV. des angefochtenen Erkenntnisses hervorgehoben worden. Auch wird das in der fraglichen Beziehung Fehlende dadurch nicht ergänzt, daß der Kläger die bezielten Aecker als drei Gruppen bezeichnet, deren jede einen eigenen (von ihm angegebenen) Namen trage, da aus seinem gesammten Vorbringen nicht entnommen werden kann, daß die namentlich aufgeführten Theile des St.'er Gutsterritoriums Ackerstücke von bestimmter Größe und mit einer bestimmten Begrenzung sind. Würden die Angaben des Klägers freilich genügen, um die ungefähre Lage der streitigen Ackerstücke zu constatiren, so hat derselbe doch keine präcise Behauptungen über die Größe der drei Gruppen aufzustellen vermocht, sondern sich mit ungefähren Angaben („circa 12 Scheffel", „etwa 10 Scheffel", „circa 8 Scheffel") begnügt, auf welche ein Beweiserkenntniß zu bauen mißlich sein würde. Entscheidend kommt hinzu, daß der Kläger selbst noch nicht die bessere und genauere Nachweisung der einzelnen Stücke als unmöglich betrachtet, sich vielmehr ausdrücklich in [1] prior. Seite 34 f. eine solche für den Fall vorbehält, daß ihm die Feldregister zu der Charte zugänglich werden würden. In Folge dieses Vorbehaltes kann in dem gegenwärtigen Rechtsstreite nicht auf die, erst eventuell beantragte, richterliche Bestimmung der Grenzen eingegangen werden, da das Editionsgesuch rücksichtlich der Feldregister zu der S.'schen Charte für begründet befunden ist, und es folglich mit den eigenen Intentionen des Klägers in Widerspruch stehen würde, wenn ihm durch eine auf das Gesuch der actio finium regundorum eingehende Entscheidung des gegenwärtigen Rechtsstreites die Möglichkeit abgeschnitten würde, unter Benutzung der erwähnten Feldregister Aufklärungen über die wirklichen Grenzen zu geben, zu deren

möglicher Auffindung ihm als Mittel überdies die unter allen Umständen zu gestattende Nachsuchung an Ort und Stelle zusteht.

4. — Vom Gesichtspunkte der actio locati aus kann die vorliegende Klage schon deshalb nicht aufrecht erhalten werden, weil dem Erblasser der Beklagten keine bestimmten Grundstücke in Pacht überwiesen sind, dieselben daher auch keinen Falls für verpflichtet erachtet werden können, Nachweisungen über derartige bestimmte an den Kläger zu restituirende Grundstücke zu geben, und eventualiter das Interesse zu präſtiren.

---

## 36.

**Die Vindication der mit einer Blancocession versehenen Hypothekenscheine unterliegt keiner Beschränkung.** (Ki. 118/1861.) Strelitz.

Aus dem Erkenntniß des Oberappellationsgerichts vom 25. November 1861:

Vom Standpunkte des geltenden gemeinen Rechtes aus ist es unmöglich, die Ansicht zu deduciren, daß Derjenige, welcher den mit einer Blancocession versehenen Hypothekenschein in gutem Glauben erworben habe, gegen die Vindication des Eigenthümers geschützt sei. Mag die Blancocession sich immerhin als eine Uebertragungsform darstellen, durch welche der Verkehr mit den auf eine bestimmte Person lautenden Schuldpapieren in ähnlicher Weise erleichtert wird, wie Dies bei Papieren auf den Inhaber der Fall ist, so würde es doch eine alles ausreichenden Grundes entbehrende petitio principii sein, wenn man es als die stillschweigende Uebereinkunft aller Theile annehmen wollte, daß keine strenge Vindication gelten solle. Die Bedenken, welche v. Savigny (Obligationenrecht Bd. 2. S. 140) bei den Papieren auf den Inhaber gegen eine derartige Annahme erhebt, finden bei Blancocessionen jedenfalls in erhöhetem Maße Statt, und hat v. Savigny (a. a. O. S. 140 f.) ebenfalls überzeugend dargelegt, daß selbst ein ausdrücklicher Verzicht auf die

Vindication nach Römischem Rechte wegen seines Widerspruches mit den Regeln über das Eigenthum dritten Personen gegenüber unwirksam sein würde. Ein Gewohnheitsrecht, durch welches die Vindication der mit Blancocessionen versehenen Schuld- und Hypothekenscheine beschränkt worden wäre, ist nicht nachweisbar.

---

## 37.

### Nachbarrecht in Bezug auf Ueberströmen von Rauch und Dampf. Ae. 192/1861.

Der Hofschneider A. zu S. hatte auf einem ihm gehörenden Grundstücke, welches in seiner ganzen Länge an ein Grundstück des Malermeisters H. grenzt, eine Cementfabrik angelegt und wurde deswegen von dem eben genannten Nachbarn auf Einstellung des bezüglichen Fabrikbetriebes mit der actio negatoria belangt, zu deren Begründung der Kläger behauptete, daß der aus den Brennöfen und der Darre des Beklagten sich entwickelnde Qualm sich über die ganze Nachbarschaft verbreite und namentlich sein — des Klägers – Wohnhaus dergestalt anfülle, daß die Bewohner es nicht aushalten könnten. Die Replik fügt die speciellere Behauptung hinzu, daß der Qualm, welcher bei der Verarbeitung von Infusorienerde und Schlammkalk in der Fabrik durch das Brennen erzeugt werde, mit vegetabilischen Stoffen versetzt sei, und in Folge dessen bei seiner Entwickelung aus den Oefen nicht sofort in die Höhe steige, sondern vielmehr vermöge seiner Dicke und Schwere sich senke, über den Erdboden sich hinziehe, denselben und die darauf befindlichen Gegenstände (die Bäume und Pflanzen des Gartens) mit einem kalkartigen Niederschlag bedecke und sich erst dann erhebe, wenn er durch diese Ablagerung erleichtert sei. So inficire der Qualm, welcher in seinem Geruche belästigend und unangenehm sei und den Bewohnern seines — des Klägers — Hauses Ekel, Uebelkeit, Kopf- und Brustbeschwerden errege, die ganze Gegend, — selbst durch verschlossene Thüren und Fenster dringend — und

belästige ihn, den Kläger, bei allen Winden. Am unerträglichsten und geradezu Gesundheit und Leben gefährdend würde aber diese Belästigung sein, wenn gar kein Wind herrschte, so daß dieser nicht als die vermittelnde Ursache, sondern vielmehr als ein Linderungsmittel derselben anzusehen sei.

Der Beklagte bestritt den Rechtsanspruch des Klägers und leugnete in factischer Beziehung, daß durch seinen Fabrikbetrieb dem Gegner eine irgend erhebliche Belästigung oder Benachtheiligung erwachse. Er brenne wöchentlich überhaupt nur zwei Male. Alsdann ziehe aus der Darre überhaupt fast kein Qualm, wenigstens keiner, welcher irgend einem Nachbarn lästig fallen könne. Der Rauch oder Qualm, über welchen der Kläger sich beschwere, könne daher lediglich aus den hochaufgemauerten Brennöfen kommen, deren Schornsteine, wie überhaupt seine ganze Fabrikanlage, strenge nach den Vorschriften der Polizeiordnung eingerichtet seien. Aus diesen Schornsteinen steige der Rauch in einer Höhe von mehr als 40 Fuß gerade aufwärts, wenn ihm nicht ein ziemlich starker Luftzug jeweilig eine andere Richtung gebe und es könne bei der Entfernung der Brennöfen von dem Grundstücke des Klägers ein Ueberströmen des Rauches auf dieses nur dann stattfinden, wenn derselbe durch einen ziemlich starken Wind niedergedrückt werde. Dies komme jedoch nur verhältnißmäßig sehr selten vor und es sei nur der Nord-Nord-Ost-Wind, welcher den Rauch auf des Klägers Grundstück hinübertreibe. Uebrigens sei dieser Rauch weder von einer besonders lästigen Beschaffenheit durch Dichtigkeit oder Geruch, noch irgendwie der Gesundheit nachtheilig oder für Pflanzen und Bäume schädlich.

Das erste — in zweiter Instanz von der Justiz-Canzlei zu Schwerin bestätigte — Erkenntniß des Magistratsgerichtes daselbst legte dem Kläger den Beweis auf:

daß der beim Brennen in der Fabrik des Beklagten sich entwickelnde Qualm entweder den Bewohnern im Hause des Klägers Uebelkeit, Kopf- und Brustbeschwerden erzeuge oder den Boden bedecke und hierbei einen kalkartigen Niederschlag ablagere.

Auf Appellation des Beklagten gab das Oberappellationsgericht im Erkenntniß vom 16. Juli 1862 dem Thema des vom Kläger zu erbringenden Beweises die veränderte Fassung:

daß der beim Brennen in der Fabrik des Beklagten sich entwickelnde Qualm bei seinem Hervortreten aus den Schornsteinen zunächst vermöge seiner Dicke und Schwere unabhängig vom Winde sich senkend in das Grundstück des Klägers überströme, und entweder den Bewohnern im Hause des Klägers Uebelkeit, Kopf- und Brustbeschwerden erzeuge, oder den Boden bedecke und hiebei einen kalkartigen Niederschlag ablagere.

## Gründe.

1. — Die beiden vorigen in dieser Sache gesprochenen Erkenntnisse, die sententia I. des Magistratsgerichts zu Schwerin vom 17. December 1860, [10] prim. inst., und der dieselbe bestätigende Bescheid der Justiz-Canzlei ebendaselbst vom 9. April 1861, ad [3] Canc., finden in Uebereinstimmung mit den dieserhalb entwickelten Ansichten des Klägers in den Entscheidungen der l. 8 §§. 5—7 D. si servitus vindicetur (8, 5) die Anwendung eines allgemeinen Grundsatzes, dahin gehend, daß Niemand verpflichtet sei zu dulden daß durch außergewöhnliche bleibende Vorrichtungen auf einem Grundstücke ein Rauch oder Dergleichen erzeugt werde, dessen Verbreitung über den Luftraum eines unmittelbar oder mittelbar benachbarten Grundstückes eine erhebliche Belästigung verursache, oder der gewöhnlichen Benutzungsweise des Grundstückes erheblichen Abbruch thue, nehmen Dem entsprechend an, daß nach Maßgabe jener Entscheidungen das in den §§. 5—7 leg. 8 cit. dem Nachbaren eingeräumte, mittels der actio negatoria geltend zu machende Verbietungsrecht gegen eine fumi immissio nicht bloß dann begründet sei, wenn der durch einen außergewöhnlichen Gewerbsbetrieb entstehende Rauch dem Nachbaren vermöge einer besonders bestimmten künstlichen Vorrichtung zugeführt werde, sondern auch dann, wenn die Verbreitung des Rauches über dessen Grundstück lediglich Folge physikalischer Gesetze sei, und halten es in dieser Be-

ziehung schon für genügend, wenn das Eindringen solches belästigenden Rauches auch nur zeitweilig in Folge einer bestimmten Richtung des Windes geschieht. Da nun der Beklagte zugestanden hat, daß Qualm aus seiner Fabrik entweiche und, wenn der Wind, insbesondere der Nord-Nord-Ost-Wind, ihn dort hintreibe, in das Grundstück des Klägers eindringe, so hat die sententia I., damit Letzterer mit seiner Klage durchdringe, es für genügend gehalten, wenn derselbe den bezüglichen Ableugnungen des Beklagten gegenüber nur beweist, „daß der beim Brennen „in der Fabrik des Beklagten sich entwickelnde Qualm entweder „den Bewohnern im Hause des Klägers Uebelkeit, Kopf- und „Brustbeschwerden erzeuge, oder den Boden bedecke und hiebei einen kalkartigen Niederschlag ablagere"; und hiemit übereinstimmend hat der jetzt weiter angefochtene Bescheid der Justiz-Canzlei nicht bloß das principale auf Abweisung der Klage gerichtete Verlangen des Beklagten, sondern auch dessen eventuellen Antrag zurückgewiesen, den Beweis „darauf zu richten, daß der „erzeugte Rauch regelmäßig und zu allen Zeiten, und ohne daß „der Wind oder ein bestimmter Wind hiervon die Ursache wäre, „sich über das klägerische Grundstück verbreite".

2. — Gegen den ganzen Inhalt dieses Bescheides ist die jetzt zur Beurtheilung stehende weitere Appellation des Beklagten gerichtet, und dadurch die Nothwendigkeit herbeigeführt, den vorliegenden Fall selbst, der bei dem bedeutenden Interesse, welches er in Folge der jetzt sehr häufig vorkommenden Anlage größerer gewerblicher, mit starkem Feuergebrauch verbundener Etablissements, und nicht bloß Rauch, sondern auch Dämpfe und Gase aller Art durch die Luft verbreitender Fabriken und des dawider sich erhebenden Widerspruches der dadurch in dem Gebrauche ihres Grundeigenthums sich gefährdet und benachtheiligt glaubenden Nachbaren in practischer Hinsicht gewonnen hat, neuerdings Gegenstand zahlreicher wissenschaftlicher Besprechungen und durch den Druck veröffentlichter Entscheidungen höchster Gerichtshöfe geworden ist, einer erneueten umfassenden Prüfung zu unterziehen. Da indessen hier ganz ausdrücklich die negatoria in rem actio angestellt worden, mithin die Frage nur die ist, ob

und in wie fern der Kläger vermöge seines Eigenthumsrechtes, als solchen befugt ist, dem Beklagten die von dessen Fabrikbetriebe behaupteter maßen ausgehende, dem Kläger angeblich nachtheilige Einwirkung auf sein Grundstück zu untersagen, und so weit diesen Betrieb selbst zu verbieten, so handelt es sich bei der jetzt abzugebenden Entscheidung zunächst nicht sowohl darum, ein allgemeines Princip aufzusuchen und aufzufinden, wodurch eine vermittelnde Lösung der aus den Consequenzen des starren Eigenthumsprincips sich ergebenden Conflicte der an sich gleichberechtigten Interessen benachbarter Grundeigenthümer nach Rücksichten der Billigkeit gewonnen werden könnte, als vielmehr darum, zu prüfen und festzustellen, ob und unter welchen Voraussetzungen die hier behauptete immissio fumi so geartet ist, daß Kläger mittels der von ihm angestellten negatorischen Eigenthumsklage ein richterliches Verbot derselben erwirken kann. Einen äußerlichen festen Anhaltspunkt für die Entscheidung dieser Frage bieten aber außer dem Inhalte der diesen Fall zunächst und speciell behandelnden l. 8 §§. 5—7 D. si servitus vindicetur (8, 5) nur diejenigen Grundsätze dar, wodurch die Anwendlichkeit der negatoria in rem actio in den Quellen unseres gemeinen Rechtes überhaupt näher bestimmt und geregelt worden ist.

3. — Was nun den Inhalt der angeführten Digestenstelle betrifft, so finden wir in dem §. 5 derselben zuvörderst ausgesprochen, daß der Eigenthümer eines Hauses sich die Immission des in einer neben demselben befindlichen taberna casearia durch die Räucherung des Käse erzeugten Rauches in seine höher belegenen Baulichkeiten (in superiora aedificia) nicht gefallen zu lassen brauche, sondern dem Inhaber der Käsebude, wenn nicht etwa zu Gunsten derselben eine Servitut dieses Inhaltes constituirt worden sei, diese fumi immissio mittels der negatoria actio eben so verbieten könne, wie umgekehrt der Eigenthümer des niedriger belegenen Grundstückes dem des höher belegenen in gleicher Weise eine immissio aquae verwehren dürfe. Dagegen wird es im §. 6 derselben als ein dem Eigenthümer eines Hauses selbstverständlich zustehendes Recht bezeichnet, in selbigem einen fumus non gravis z. B. auf dem Heerde zu

erzeugen, zu dessen Begründung es so wenig einer dem Nachbaren gegenüber zustehenden Servitut bedürfe, daß eine Geltendmachung dieser Befugniß mittels der confessorischen Klage eben so wohl undenkbar sei, als ein Verbot ihrer Ausübung mittels der negatoria actio von Seiten des Nachbaren, ganz in derselben Weise, wie wenn es sich darum handelte, ob er in seinem Hause Feuer anzünden, oder darin sitzen und waschen dürfte.

Als hievon verschieden wird aber endlich in dem §. 7 wieder der Fall bezeichnet, da Jemand zur Ableitung der durch die Badeeinrichtungen seines Hauses erzeugten Dünste (vapores) einen in das Grundstück des Nachbaren auslaufenden Canal anlegen wollte. Das Recht hiezu wird als möglicher Gegenstand einer Servitut bezeichnet; und so ergiebt sich hieraus mit Nothwendigkeit wieder die Folgerung, daß der Nachbar eine solche Anlage sich nicht ohne Weiteres gefallen zu lassen braucht, sondern gegen dieselbe mittels der negatoria actio wirksamen Einspruch erheben kann.

4. — Für das richtige Verständniß dieser Entscheidungen, und die Frage, wie weit dieselben auf unsere jetzigen Verhältnisse und einen Fall, wie der hier vorliegende insbesondere, Anwendung leiden, kommt es jetzt aber vor allen Dingen darauf an die ihnen zu Grunde liegenden factischen Voraussetzungen richtig zu erfassen und zu bestimmen. Am wenigsten Schwierigkeit bietet in dieser Hinsicht der letzte im §. 7 entschiedene Fall dar. Hier ist augenscheinlich von einer besonderen Vorrichtung die Rede, wodurch die durch die Heizung und Erwärmung der Bäder erzeugten Dünste absichtlich auf künstliche Weise geradesweges in das Grundstück des Nachbarn hinübergeleitet werden, und es hat kein Bedenken aus der hierüber gegebenen Entscheidung unmittelbar den Satz abzuleiten, daß kein Grundeigenthümer sich eine solche directe Zuführung von Rauch gefallen zu lassen braucht. Die weitere Frage ist aber die, wie sich dieser Fall in factischer Hinsicht zu dem ersten und zweiten verhält, und wie sich diese beiden Fälle wieder zu einander verhalten. Vergegenwärtigen wir uns indessen die aus den Römischen Alterthümern uns bekannten Einrichtungen des Römischen Hauses und Heerdes,

so hat es hinsichtlich dieses zweiten Falles wohl kein gegründetes Bedenken anzunehmen, daß auf der einen Seite dabei an eine künstliche Ableitung des auf dem Heerde erzeugten Rauches, vollends eine auf diesem Wege bewirkte Hinüberleitung desselben auf das Nachbargrundstück nicht zu denken ist, auf der anderen Seite aber auch ebenso ein Eindringen dieses ohne künstliche Ableitung durch alle Oeffnungen der Wände und des Daches seinen Ausgang suchenden Rauches in den Luftraum des Nachbaren und die höher liegenden Theile seines Hauses als etwas nicht bloß Mögliches, sondern auch bei hart an einander grenzenden Grundstücken sogar Unvermeidliches vorausgesetzt ist, weil außerdem der Gedanke an die Möglichkeit eines Einspruches des Nachbarn gegen eine derartige Raucherzeugung und der klageweisen Geltendmachung eines Rechtes zu derselben wider dessen Verbot gar nicht hätte entstehen können. Das practische Ergebniß dieser zweiten Entscheidung in ihrem Verhältniß zur dritten wäre demnach dieses, daß jeder Nachbar sich von dem anderen denjenigen Rauch gefallen lassen muß, welcher durch die zum Zwecke der gewöhnlichen Hauswirthschaft erforderliche Feuerung erzeugt wird, daher ihm auch die Ableitung desselben auf sein Grundstück nicht wehren kann, sobald dem eindringenden Rauche nicht durch künstliche Vorrichtungen eine größere Intensität gegeben, und dadurch die daraus entspringende Belästigung erhöht wird. Die Verschiedenheit des ersten, im §. 5 der Stelle entschiedenen Falles von dem zweiten und dritten kann aber hienach nur darin gesucht werden, daß der durch die Räucherung der Käse erzeugte, aus der hiezu dienenden Bude aufsteigende, in das neben Letzterer belegene dieselbe überragende Gebäude eindringende Rauch dem gewöhnlichen Rauche des Heerdes gegenüber als ein besonders lästiger Rauch erschien, dessen Aufnahme von dem Eigenthümer des fraglichen Hauses um so weniger verlangt werden konnte, als es sich dabei nicht um eine aus dem gewöhnlichen Lebensverkehre entspringende und bei der üblichen Einrichtung einander benachbarter Wohngebäude nicht füglich zu vermeidende Belästigung handelte, welche jeder Nachbar von dem anderen in gleicher Weise hinnimmt und hinnehmen muß. Denn

von besonderen Vorrichtungen, wodurch dieser Rauch dem höheren Gebäude zugeführt und in dasselbe hinübergeleitet worden wäre, ist hier überall nicht die Rede; und da die zu derartigen gewerblichen Betrieben bei den Römern üblichen tabernae gewöhnlich bloße Bretterbuden waren, welche auf der Gasse vor die diese einfassenden Häuser gesetzt, auch wohl an Letztere angebaut waren, die Räucherung der darin aufgespeicherten Käse aber ihrer Beschaffenheit nach eine künstliche Rauchleitung nicht erforderte, so ist auch überall keine nöthigende Veranlassung vorhanden, bei der in Frage stehenden immissio fumi an eine andere Ursache zu denken, als daran, daß der aus den Luftlöchern der Bude seitwärts oder dachwärts entweichende, in die Höhe aufsteigende und dort sich ausbreitende Rauch naturgemäß von selbst in die oberen Gemächer des höheren Hauses eindrang.

5. — Hienach scheint es denn allerdings gerechtfertigt, wenn von Spangenberg, im Archiv für civilistische Praxis, Bd. IX., Seite 265 f. (vergl. auch den von demselben herausgegebenen 8. Bd. von Hagemann's practischen Erörterungen Abth. 2, Seite 65 ff.) und Funke, Beiträge zur Erörterung practischer Rechtsmaterien, Nr. III.: „Ueber die aus dem Einströmen beschwerlichen Rauches oder Dampfes aus fremden Grundstücken zu formirenden rechtlichen Ansprüche", Seite 149 ff. wiewohl in vielfach abweichender Begründung, der in die neueren Lehrbücher des Römischen Rechts sehr allgemein übergegangene Rechtssatz abgeleitet ist, daß zwar jeder Nachbar sich das durch die gewöhnliche Hauswirthschaft des anderen veranlaßte Eindringen von Rauch, Dampf und dergleichen ähnlichen Stoffen mehr in seine räumliche Eigenthumssphäre gefallen lassen muß, dagegen sich Dies nicht gefallen zu lassen braucht, wenn dies Eindringen Folge außergewöhnlicher Vorrichtungen, insbesondere gewerblicher Anlagen ist, wodurch ihm diese Stoffe in ungewöhnlicher Menge oder besonders belästigender Weise zugeführt werden, und daß, wie von Gesterding, Ausbeute von Nachforschungen, Bd. III., Seite 398 ff., noch weiter ausgeführt wird, in Beziehung auf das gegen eine Belästigung der letzteren Art dem Nachbaren zustehende Verbietungsrecht Nichts weiter darauf ankommt, ob dies

Eindringen die von dem Nachbarn beabsichtigte Folge hierauf abzielender Einrichtungen ist, sobald es nur als die naturgemäß nothwendige Folge seines Thuns sich darstellt. Auch findet diese Ansicht in ersterer Hinsicht ihre Bestätigung in denjenigen Entscheidungen aus dem Gebiete der actio aquae pluviae arcendae, wonach der Eigenthümer des niedriger belegenen Feldgrundstücks sich zwar den vermehrten Wasserzufluß von dem höher gelegenen Acker gefallen lassen muß, welcher Folge der gewöhnlichen Ackerbestellung ist, und es selbst nicht wehren kann, wenn der Nachbar alle Ackerfurchen auf sein Grundstück auslaufen läßt, wogegen er sich aber schon das Ziehen eigentlicher Wasserfurchen, die auf sein Grundstück zulaufen, nicht gefallen zu lassen braucht — vergl. l. 1 §. 1, 3, 4, 5, 7, 8, 9 D. de aqua et aquae pluviae arcendae actione (39, 3). In letzterer Hinsicht wird sie aber bestätigt durch diejenigen Entscheidungen unserer Rechtsquellen, in welchen die actio negatoria zur Abwehr einer immissio aquae auch in solchen Fällen ertheilt wird, in denen das Einströmen von Wasser oder das Eindringen von Feuchtigkeit zwar Folge von Anlagen und Einrichtungen ist, die Jemand erlaubter Weise auf einem öffentlichen Wege oder dem eigenen Grundstücke getroffen hat, keineswegs aber durch besondere auf deren Zuleitung berechnete Vorkehrungen vermittelt war, vergl. l. 13, l. 17 §. 2 D. si servitus vindicetur (8, 5) l. 19 pr. D. de servitutibus praediorum urbanorum (8, 2), l. 3 pr. D. de aqua et aquae pluviae (39, 3), gleichwie ja auch Niemand das Eindringen fremder Baumwurzeln in sein Grundstück, l. 6 §. 2 D. arborum furtim caesarum (47, 7), oder den Ueberhang eines vom Winde gebeugten oder gebrochenen Baumes, l. 2 D. de arboribus caedendis (43, 27), oder einen durch fehlerhafte Anlagen bewirkten Ueberhang der sein Grundstück von dem des Nachbarn scheidenden Mauer, l. 14 §. 1 D. si servitus vindicetur (8, 5), oder eine ein gewisses Maß übersteigende Ausbauchung derselben zu dulden braucht, l. 17 pr. D. eod., endlich auch in der in l. 8 §. 5 D. eod. mitgetheilten Entscheidung des Alfenus der Grundeigenthümer es dem Nachbaren wehren kann, einen Steinbruch oder eine Steinhauerei

hart an seiner Grenze so anzulegen und zu betreiben, daß die Steinsplitter auf sein Grundstück hinüberfliegen.

6. — Dessen ungeachtet würde es aber doch ein entschiedener Fehler sein, wenn man dem auf solche Weise aus den Entscheidungen unserer Rechtsquellen abzuleitenden Grundsatze eine so weite Ausdehnung geben wollte, daß er jede irgendwie von einem benachbarten Grundstücke ausgehende, den Nachbaren in irgend einer Weise belästigende oder auch etwa schädigende Einwirkung dieser Art erfaßte, und bei Anwendung desselben unsere häuslichen und baulichen Einrichtungen ganz außer Acht lassen wollte. Denn einmal wird in allen jenen Entscheidungen zu Grunde liegenden Fällen ganz augenscheinlich eine solche Lage der einander benachbarten Grundstücke vorausgesetzt, daß das dem Verbote des Nachbaren unterliegende Eindringen des von dem Grundstücke des anderen ausströmenden Rauchs oder abfließenden Wassers, wo dasselbe nicht etwa durch künstliche Vorkehrungen vermittelt wird, eine natürliche Folge dieser Lage ist, und wie in dieser Hinsicht bezüglich der immissio aquae das Verhältniß des niedriger zu dem höher liegenden Grundstück immer als etwas Wesentliches hervorgehoben wird, so haben wir es auch hinsichtlich der in l. 8 §. 5 D. si servitus vindicetur (8, 5) besprochenen fumi immissio keineswegs als etwas Zufälliges und Gleichgültiges zu betrachten, daß dabei ein Emporsteigen des Rauches aus der niedrigen Bude in das darüber emporragende Haus und dessen obere Theile als factische Voraussetzung ausdrücklich erwähnt ist. Sodann findet aber auch die negatoria actio ihrem Charakter und Wesen nach, wie auch bei allen hier angeführten Entscheidungen sich erkennen läßt, nur gegen solche Einwirkungen auf eine fremde Sache Statt, welche einen servitutartigen Charakter haben, in dem hier in Betracht kommenden Falle des Verhältnisses zweier einander benachbarter Grundstücke also nur dann, wenn der Eigenthümer des einen durch die Anlagen und Veranstaltungen, welche er auf demselben getroffen, und deren über die Grenzen seines Grundstückes hinaus sich erstreckende, in die räumliche Eigenthumssphäre des Nachbargrundstückes übergreifende Wirksamkeit dieses in gewissem Sinne

den Zwecken des seinigen dienstbar macht, in solcher Weise, daß der Eigenthümer des Nachbargrundstückes dadurch zugleich eine Beschränkung der über dasselbe ihm zustehenden Herrschaft erleidet. Daraus folgt aber von selbst, daß, wenn diese Einwirkung nicht eine natürliche und unmittelbare Folge der auf dem Grundstücke des Nachbaren getroffenen Veranstaltungen und Anlagen ist, dieselbe, ihrer Lästigkeit und Schädlichkeit ungeachtet, dem Verbote mittels der negatoria actio nicht unterliegt, wie dies auch von Hesse — über die Rechtsverhältnisse zwischen Grundstücks-Nachbaren §. 9 Seite 26 ff. — zutreffend ausgeführt wird; und so kann es denn auch nicht für richtig gehalten werden, wenn die beiden vorigen Erkenntnisse — wie es freilich auch in dem bei Seuffert, Archiv XI. nr. 114, mitgetheilten Erkenntnisse des Lübecker Oberappellations-Gerichts, und von Pagenstecher, die Römische Lehre vom Eigenthum I., Seite 118 f., geschieht — zur Begründung dieser hier angestellten Klage es für genügend erklären, daß, nach dem eigenen Zugeständniß des Beklagten bei einer gewissen Stärke und Richtung des Windes der aus seiner Fabrik aufsteigende Qualm in das Grundstück des Klägers eindringt, und das Letzte derselben sogar das unmittelbare Nachbarverhältniß in dieser Beziehung für gleichgültig hält. Denn schwerlich wird es vorkommen, daß Jemand sich eine Servitut des Inhalts bestellen läßt, daß er den aus seinem Grundstücke emporgestiegenen Rauch durch den Wind nach einer bestimmten Richtung hintreiben lassen dürfe.

7. — Dazu kommt aber noch, daß nach den bei uns, wenigstens in den Städten, ganz allgemein bestehenden und sogar polizeilich vorgeschriebenen baulichen Einrichtungen Niemand dem durch seine Wirthschaft oder sein Gewerbe erzeugten Rauche oder Dampfe freien Lauf gestattet, ja nicht einmal gestatten darf, sondern, wo nicht aus besonderen Gründen eine seitliche Ableitung ihm erlaubt ist, denselben durch künstliche Kanäle, Rauchfänge und Schornsteine, in den oberen Luftraum ableitet und ableiten muß, ohne daß, wenn er diesen Vorschriften genügt hat, der Eigenthümer des benachbarten höheren, oder höher belegenen Hauses sich mit Erfolg über das Eindringen des so abgeleiteten

Rauches in seine oberen Räumlichkeiten würde beschweren können, oder es dem Nachbaren einfallen dürfte, Einspruch gegen die Heizung des Anderen zu thun, wenn der in solcher Weise concentrirte Rauch bei seinem Austritte aus dem Schornstein vom Winde niedergedrückt und ihm zugeführt wird. Das Gleiche muß daher auch da gelten, wo der durch einen bestimmten Gewerbebetrieb, oder durch die Art seiner Ausübung in größerer Menge erzeugte Rauch und Qualm den bezüglich der Art seiner Ableitung Zwecks Hebung der dadurch den Nachbaren möglicher Weise erwachsenden außergewöhnlichen Belästigung, oder Reducirung derselben auf das geringste Maß gegebenen polizeilichen Vorschriften gemäß in die Luft abgeführt, dessen ungeachtet aber durch den Druck und die Richtung des Windes, dessen Kraft der Mensch nicht zu beherrschen vermag, den Nachbaren mitunter eine Beschwerde verursacht wird.

8. — Da nun die von dem Beklagten behauptete Beobachtung der in dieser Beziehung für S. bestehenden Polizei-Vorschriften bei Einrichtung seiner mit polizeilicher Erlaubniß auf seinem Grundstücke angelegten Fabrik von Seiten des Klägers nicht in Abrede gestellt worden ist, so würde hienach die erhobene Klage abzuweisen sein, wenn zur Begründung derselben Kläger Nichts weiter vorgebracht hätte, als was Beklagter zugestanden hat, nämlich, daß bei gewissen Windströmungen und Windrichtungen der aus den Brennöfen aufsteigende Qualm auf das Grundstück des Klägers hinübergetrieben werde. Kläger hat aber zur näheren Begründung des von ihm gegen die angeblich ihn belästigende Rauchzuleitung in Anspruch genommenen Verbietungsrechtes und seiner Behauptung einer hier im eigentlichen Sinne vorliegenden, nur vermöge einer dem Nachbargrundstücke zustehenden Servitut zu duldenden Immission noch besonders angeführt, daß der durch das Brennen des auf der Fabrik des Beklagten verwandten Materials erzeugte Qualm wegen der Beschaffenheit dieses bei seiner Entwickelung aus den Oefen nicht sofort in die Höhe steige, sondern vielmehr vermöge seiner Dicke und Schwere sich senke, über den Erdboden sich hinziehe, und sich erst dann erhebe, wenn er sich durch Ablagerung der in ihm

enthaltenen festen Substanzen erleichtert habe, so daß also nicht etwa der Wind, oder ein bestimmter Wind die vermittelnde Ursache der ihm daraus für sein Grundstück erwachsenden Belästigung und Benachtheiligung, sondern der Wind, als solcher, umgekehrt eher ein Linderungsmittel derselben sei. Ist diese Angabe richtig, so sind nach Maßgabe der Beschaffenheit und der Stetigkeit dieser von dem Fabrikbetriebe des Beklagten ausgehenden Einwirkung auf das klägerische Grundstück, und des Einflusses, den dieselbe auf die Ausübung des klägerischen Eigenthumsrechtes äußert, wie sich nicht wohl verkennen läßt, alle Voraussetzungen einer servitutartigen Immission, deren Abstellung Kläger mittels der negatoria actio verlangen kann, vorhanden: denn senkt der auf der Fabrik des Beklagten durch das Brennen erzeugte Qualm vermöge seiner Dicke und Schwere, bevor er in den höheren Luftraum aufsteigen kann, sich zunächst nach unten, so ist dieses dem Einströmen des die Tiefen suchenden Wassers zu vergleichende Eindringen desselben in das neben dem Grundstücke des Beklagten befindliche Grundstück des Klägers in Anbetracht der Lage, welche beide Grundstücke gegen einander haben, eben so Folge der natürlichen Entwickelung und Ausbreitung desselben, wie das in der l. 8 §. 5 D. si servitus vindicetur (8, 5) vorausgesetzte Emporsteigen des gewöhnlichen Rauches und dessen Eindringen in die höheren Räume des über seinen Entwickelungsort hervorragenden Hauses Folge der natürlichen Eigenschaften dieses. Es würde sich daher nur noch fragen können, ob auch unter diesen Umständen der Beklagte sich darauf berufen kann, daß er seine Fabrikanlage und insbesondere die Essen der Brennöfen genau den polizeilichen Vorschriften gemäß eingerichtet hat. Diese Frage ist indessen schon um deswillen zu verneinen, weil diese auf eine ganz andere Art der Rauchentwickelung, als hier behauptetermaßen vorhanden ist, berechnet sind, und die unter Voraussetzung ihrer Einhaltung gewährte Concession zur Anlage der Fabrik auf dem Grundstücke des Beklagten an sich den Eigenthumsrechten der Nachbaren und deren Widerspruchsrechte gegen die durch jene Vorschriften nicht vorgesehenen Arten der Einwirkung auf dieselben nicht Abbruch thun kann. Da jedoch der

Beklagte diese Beschaffenheit des durch den Betrieb seiner Cementfabrik erzeugten Qualms und das daraus sich ergebende Ueberströmen desselben auf das Grundstück des Klägers in Abrede genommen hat, so war dieserhalb dem Kläger, wie in der jetzt abgegebenen Entscheidung geschehen, Beweis aufzuerlegen, ohne daß er jedoch dadurch der in der sententia I. bezüglich der Art und des Maßes der ihm durch das Eindringen des fraglichen Qualms in sein Grundstück für dieses erwachsenden Belästigung und Benachtheiligung alternativ ihm auferlegten Beweise überhoben wird. Denn braucht auch der Grundeigenthümer an sich eine von dem Nachbargrundstücke ausgehende stetige Immission fester oder flüssiger Substanzen sich nicht gefallen zu lassen, so läßt sich doch, wie von Bekker — die gesetzlichen Eigenthumsbeschränkungen des Römischen Rechts, §. 4, in den Jahrbüchern des gemeinen Deutschen Rechts V., Seite 165 ff. — zutreffend ausgeführt wird, auch bereits in einer von hier aus ergangenen — in der Sammlung von Entscheidungen in Rostockschen Rechtsfällen, zweite Fortsetzung, Seite 138, vergl. mit Seite 130 und 135 f. abgedruckten — Entscheidung anerkannt ist, aus der l. 8 §. 6, l. 17 pr. D si servitus vindicetur (8, 5) und l. 19 pr. D. de servitutibus praediorum urbanorum (8, 2) der Grundsatz ableiten, daß nicht jede kleinste Eigenthumsstörung die negatoria actio begründet, sondern daß dazu, insbesondere wo nachbarliche Verhältnisse in Frage stehen, immer zugleich eine einigermaßen erhebliche Beeinträchtigung des angeblich in seinem Rechte gekränkten Eigenthümers hinzukommen muß, weil in Ermangelung eines solchen Interesse seine Beschwerde keine Beachtung von Seiten des Richters verdient.

---

## 38.

**Modification des Grundsatzes:** servitus in faciendo consistere nequit **im heutigen Rechte.** Bu. 439/$_{1841}$.

Das Oberappellationsgericht sprach in dem Erkenntnisse vom 10. Januar 1841 aus, daß der Eigenthümer eines Grundstückes wie durch alle sonstigen zur Erwerbung einer Servitut als solcher dienenden Gründe, so auch durch unvordenklichen Besitz das doppelte Recht erlangen könne:

1. Wasser von seinem Grundstücke durch einen auf des Nachbaren Grund und Boden befindlichen Graben abzuleiten und
2. zu verlangen, daß der Abzugsgraben, so oft es erforderlich sei, von Seiten des dienenden Grundstücks aufgeräumt werde.

Die Entscheidungsgründe lauten, in so weit sie sich auf den unter nr. 2 erwähnten Punkt beziehen, folgender Maaßen:

— — — — — — — —

7. — — — Dem angesprochenen Rechte auf Aufräumung des Grabens von Seiten des (dienenden Grundstückes) scheinen die vom Beklagten angezogenen Bestimmungen des Römischen Rechts entgegenzustehen, und darin hat der Beklagte nach dem Letzteren vollkommen Recht. Denn es ist bekannt und bedarf hier keiner weiteren Ausführung, daß nach Römischem Rechte vermöge des Grundsatzes: servitus in faciendo consistere nequit, der Eigenthümer des praedium serviens nicht verpflichtet ist, die zu der Ausübung der Servitut dienenden Anstalten in brauchbarem Zustande zu erhalten, und daß eine solche Verpflichtung nie als eine Servitut auf ein Grundstück gelegt werden kann, mithin auch nicht durch unvordenkliche Zeit. Die einzige dem Römischen Rechte bekannte Modification dieser Grundsätze besteht darin, daß bei der servitus oneris ferendi der Eigenthümer der Unterlage, welche das onus trägt, verbunden ist, dieselbe in tragbarem Zustande zu erhalten, sofern er es nicht vorzieht, dieselbe zu derelinquiren.

8. — Hiergegen beruft sich der Kläger ohne zureichenden Grund auf den §. 378 des Landesgrundgesetzlichen Erbvergleichs,

auf die Analogie der Communicationswege, auf die Natur der Sache. Denn von solchen Wasserstauungen, wie sie der citirte §. 378 im Auge hat, kann hier nicht die Rede sein; die Rechtsverhältnisse der Communicationswege beruhen aber nicht auf den hier normirenden Grundsätzen von den Servituten und die Natur der Sache bringt es keineswegs mit sich, daß der, auf dessen Graben die Servitut ruhet, den Durchlauf des Wassers von dem benachbarten Grundstücke dulden zu müssen, damit zugleich die Verpflichtung habe, diesen Graben zum Nutzen des Nachbaren offen zu halten und aufzuräumen. Die stricte Interpretation der beschränkenden Rechte Anderer führt vielmehr ganz zu dem Resultate des Römischen Rechts, daß die bloße Verpflichtung zu einem Dulden keineswegs zugleich die Verpflichtung zu einer dem Nachbaren nützlichen positiven Thätigkeit in sich schließt, vielmehr das zu einer bloßen Passivität verbindende Recht nur die weitere Verpflichtung begründen kann, dem Berechtigten auch die Wiederherstellung der ihm dienenden Anstalten zu gestatten.

9. — Aus dem von dem Kläger angesprochenen Rechte, das fragliche Wasser durch den streitigen Graben abzuführen, als solchem, würde daher so wenig nach dem inländischen, als nach dem Römischen Rechte die Verpflichtung des dienenden Grundstücks zur Aufräumung des Grabens, sobald das Bedürfniß der Letzteren vorhanden ist, folgen; vielmehr müßte dafür immer ein besonderer Rechtsgrund nachgewiesen werden. Da sich nun der Kläger auch hiefür auf die unvordenkliche Zeit berufen hat, so beruhet Alles auf der Frage: ob die Römische Bestimmung, daß eine solche Verpflichtung zu einem Thun überhaupt nicht als Servitut rechtlich bestehen kann, gegenwärtig noch anwendlich sei, oder nicht? Diese Frage muß jedoch, in Bezug auf das hier in Frage stehende Verhältniß, verneint werden. Denn wie das Deutsche Recht viele andere zu einem Thun verpflichtende, dem Römischen Rechte fremde, reale Belastungen der Grundstücke kennt, so hat sich dasselbe auch in Ansehung der eigentlichen Servituten hinsichtlich der zu ihrer Uebung dienenden Anstalten nie strenge dem Römischen Rechte unterworfen, sondern es stets für zulässig gehalten, daß mit der

Servitut auch die Verpflichtung des dienenden Grundstücks zur zweckdienlichen Erhaltung jener Anstalten verbunden sein könne. Namentlich kommt die Verpflichtung zur Offenhaltung der Abzugsgräben häufig vor; nur muß dieselbe auch bei uns immer besonders begründet werden, weil es außerdem bei den in rat. 8 bemerkten Grundsätzen des Römischen Rechts verbleibt. Da nun alle zur Begründung der Servitut als solcher dienende Rechtsgründe auch jene Nebenverbindlichkeit begründen können, so versteht sich, daß die Rechtswirkungen der unvordenklichen Zeit, wie bei der Servitut, so auch hier anwendbar werden.

---

## 39.

**Hat der Eigenthümer eines ländlichen Grundstückes dem Usufructuar (oder dessen Erben) die bei Beendigung des Nutzungsrechts auf die bevorstehende Ernte verwendeten Kosten der Ackerbestellung und Einsaat zu ersetzen?** Su. 1324/1860.

Diese Rechtsfrage kam in einem zwischen Ehegatten geführten Processe zur Entscheidung. Bei Eingehung der Ehe hatte die Frau dem Manne neben Bestellung einer Dos die Verwaltung und den Nießbrauch ihres ganzen übrigen Vermögens, wiewohl auf beliebigen Widerruf eingeräumt, insbesondere hatte sie ihm unter dieser Form die Ausübung des ihr an zwei Landgütern zustehenden Erbtochterrechts überlassen, so daß er die gesammte Wirthschaft fortan für seine Rechnung nach freistem Ermessen führen sollte. Nachdem das so begründete Verhältniß länger als 15 Jahre bestanden hatte, fand die Frau durch inzwischen eingetretene Mißhelligkeiten, die sogar zu einer Scheidungsklage geführt haben, im Sommer 1855 kurz vor der Ernte sich bewogen, eines Tages sich ganz plötzlich der Wirthschaftsführung thatsächlich zu bemächtigen mit der Erklärung, sie wolle von nun an ihre Güter auf eigene Rechnung selbst administriren. Der Mann versuchte ohne Erfolg mit gericht-

licher Hülfe seine bisherige Stellung, aus welcher er gewaltsamer und unrechtlicher Weise verdrängt sei, wiederzuerlangen und forderte dann wenigstens Ersatz der für die Ernte des Jahres 1855 und 1856 von ihm bereits gemachten sehr bedeutenden Verwendungen. In erster Instanz wurde dieser Anspruch im Allgemeinen als begründet anerkannt und die wegen Illiquidität einzelner Ansätze noch erforderliche Beweisauflage gemacht; das Oberappellationsgericht wies aber die Klage auf Appellation der Beklagten ab und motivirte diesen Ausspruch in dem Urtheile vom 4. Juli 1861 folgender Maßen:

3. — Der Kläger verlangt Ersatz der Saat- und Bestellungskosten, welche er für die Ernten der Jahre 1855 und 1856 vor Aufhebung des precairen Verhältnisses aufgewandt haben will. Sententia a qua hat ihm dieselben — mit Ausnahme der Ansätze für Dung — rein und respective unter Auferlegung von Beweisen hinsichtlich der Richtigkeit einzelner Ansätze zugesprochen, und da die Beschwerden der Beklagten vornehmlich hiegegen gerichtet sind, so hängt von der Prüfung der Rechtsfrage ab, ob in die specielleren Beschwerdepunkte der Parteien einzugehen ist.

Man wird hiebei, da die Ausübung eines Usufructus verstattet war, von den Grundsätzen ausgehen müssen, welche bei Beendigung des Nießbrauches hinsichtlich der Früchte des letzten Jahres gelten. So wie der Fructuar alle beim Beginn seines Rechtes pendenten Früchte durch Perception erwirbt, so auch verbleiben bei Beendigung des Rechtes die dann noch hängenden Früchte dem Proprietar, ohne daß hier oder dort darauf zu sehen wäre, wer den Acker bestellt und besäet hat.

l. 27 pr. D. de usurfuctu (7, 1).
§. 36 J. de rerum divisione (2, 1),
l. 8 in fin. D. de annuis legatis (33, 1).

Einer desfallsigen Entschädigungspflicht des Einen oder Anderen erwähnen die Quellen nirgends, wie sie auch, wenn ein Fundus oder dessen Usufruct in dotem gegeben ist, die vom Ehemanne vor Auflösung der Ehe aufgewandten Cultur- und Saatkosten nur in so weit zur Berechnung bringen, als sie für die Ernte

verausgabt sind, welche bei Trennung der Ehe zur Theilung kommt.

4. — Dennoch scheint — wenn man von den Rechtslehrern, welche die Frage nicht ausdrücklich beantworten, absieht —, die Meinung, daß dem Fructuar, dessen Recht vor der Ernte aufhört, die Aussaat zu selbiger und die Bestellungskosten ersetzt werden müßten, eine ziemlich verbreitete zu sein,

Vinnius in Institut. II. 1 §. 36 nr. 2,
Voet, commentar. ad Pand. VII. I. nr. 28 in fin.
Veillodter, quatenus usufructu finito fructus transmitt. §. XIII..
Glück, Commentar Thl. 9 §. 637 c. Seite 334,
Holzschuher, Theorie und Casuistik Bd. 2. Seite 300,
Roth, Mecklenb. Lehenrecht Seite 242. Not. 89,

und nur in so fern Widerspruch gefunden zu haben, als Manche den Ersatzanspruch auf die Einsaat beschränken, wie

Thibaut, System edit. VII. Bd. 2. §. 613,
v. Wening-Ingenheim, gemeines Civilrecht Buch 2. §. 76,
Baleke, Mecklenb. Erbjungfrauenrecht, Cap. 7. §. 10,
v. Kamptz, Mecklenb. Civilrecht, Thl. 2, Seite 264,

oder nur, wie

Francke, im Archiv für civilistische Praxis Bd. 30. Seite 282,

in so weit zugestehen, als der Fructuar beim Anfange des Nießbrauchs das Grundstück nicht in gleichem Culturzustande erhalten hatte.

Man stützt sich dabei auf

l. 46 D. de usuris (22, 1) und
l. 1 C. de fructibus (7, 51),

so wie auf die, auch in sententia a qua allegirten

l. 36 §. 5 D. de hereditatis petitione (5, 3)
und l. 7 pr. D. soluto matrimonio (24. 3).

welche von dem Principe der beiden ersten Gesetze der hereditatis petitio gegenüber und bei Vertheilung der Früchte des letzten Dotaljahres Gebrauch machen.

5. — Daß die l. 7 cit. weder direct hieher gehört, noch im Stande ist, die Anwendbarkeit des fraglichen Rechtssatzes auf die Früchte des letzten Wirthschaftsjahres des Usufructuars

darzulegen, ergiebt sich aus der völlig verschiedenen Behandlung beider Fälle. Bei der Ehetrennung werden die Früchte des letzten Dotaljahres zwischen den betreffenden Personen nach einem bestimmten Zeitverhältnisse, ohne Hinblick darauf, wer sie eingesammelt hat, getheilt, und daher die auf Erzielung und Einerntung verwandten Kosten dergestalt veranschlagt, daß die Theilnehmer am Einschnitte nach gleicher Proportion zu diesen Ausgaben beitragen, so wie sogar zur völligen Ausgleichung die von der Ehefrau für den Einschnitt des ersten Dotaljahres bestrittenen Expensen in Rechnung kommen. Mit allem Diesen verhält es sich bei Beendigung des Usufructus anders. Von einer Gemeinschaftlichkeit der Erträge und daher auch der Kosten für selbige ist hier nicht die Rede. Der Fructuar behält, was er percipirt hat, rein und ohne Berechnung über die vor Entstehung des Genießbrauchs vom Proprietar darauf gemachten Verwendungen, während alles Uebrige dem Proprietar verbleibt.

6. — Aus den weiter angeführten Gesetzen folgt allerdings, daß der belangte Besitzer von den Früchten, die er restituirt, die zu deren Gewinnung gehabten Ausgaben excipiendo in Abzug bringen darf, und so der bloße Besitzer geschützt ist. Aber der Fructuar steht auch in einem Obligationsverhältnisse zum Constituenten. Er verpflichtet sich, usurum se boni viri arbitratu, et, cum ususfructus ad se pertinere desinet, restituturum, quod inde exstabit. Er muß daher die Sache ihrer Bestimmung gemäß und wie ein sorgsamer Hausvater behandeln.

l. 1 pr. und §. 3 D. usufructuarius quemadmod. (7,9)

und thut nur seine Schuldigkeit, wenn er das Feld zur rechten Zeit und gehörig bedüngen, beackern und bebauen läßt, wie er dazu auch angehalten werden kann.

l. 9 pr. D. de usufructu (7, 1) (cfr. l. 25. §. 3 D. locati [19, 2]), l. 7 C. de usufructu (3, 33).

Nimmt man dazu, daß er anderer Seits die erste in die Zeit seines Rechtes fallende Ernte selbst dann, wenn die Bedüngung, Beackerung und Besamung noch vom Proprietar geschehen ist, rein und ohne Abzug an sich nehmen darf, so erklärt sich leicht, warum ihm auch bei Beendigung des Nießbrauches hinsichtlich

der Aussaat und Bestellung für die bevorstehende Ernte kein Entschädigungsanspruch eingeräumt werden konnte.

l. 9 §. 1 D. locati (19, 2), verb.: „Idem quaerit.",

Außerdem kommt für den vorliegenden Fall in Betracht, daß Kläger die Güter, wenn er vielleicht auch die Cultur des Frühlings 1840 aus eigenen Mitteln beschaffte, doch mit bestellter Wintersaat empfangen hat, und deshalb nur seiner Restitutionspflicht genügt, wenn er sie mit der Wintersaat zurückliefert. Berechnungen wegen Uebersaaten finden in diesem Verhältnisse nicht von selbst Statt, das Maß der Verpflichtung des Fructuars hat das Gesetz vorgeschrieben, er muß wie ein redlicher und tüchtiger Wirth verfahren. Endlich beruhte der dem Kläger verstattete Fruchtgenuß auf einer jeden Augenblick widerruflichen Liberalität, in deren Fortsetzung ihm die Aufkünfte der Güter während 15 Jahre respective ganz und zum größten Theile gewährt wurden. Gegen die so bezogenen Früchte erscheinen die Einsaaten des Frühjahrs und Sommers 1855 nebst den Kosten der Beackerung und das zur Wintersaat etwa mehr Hergegebene so äußerst geringfügig, daß diese Ausgaben nach Analogie der ll. 48 und 65 pr. D. de rei vindicatione (6, 1) — da Kläger keinen Falls besser steht, als der bonae fidei possessor hinsichtlich der Impensen auf das Prädium — außer aller Betrachtung zu stellen sind.

Dem bestätigenden Bescheide in der Restitutionsinstanz vom 13. Februar 1862 wurde noch folgende weitere Ausführung beigegeben:

Wie allgemein auch die Aussprüche der l. 46 D. de usuris et fructibus (22, 1): — „Quod in fructus redigendos impensum est, non ambigitur ipsos fructus deminuere debere" — und der l. 1 C. de fructibus et litis expensis (7, 51): — „Hoc fructuum nomine continetur, quod justis sumtibus deductis superest" — lauten, wie sehr auch diese Sätze, die ihrer unmittelbaren Bedeutung nach nicht sowohl Rechtssätze, als Ergebnisse der Wirthschaftslehre sind, einer natürlichen Anschauung entsprechen; wie unverkennbar endlich auch der Zusammenhang ist, in welchem sie mit dem Grundsatze der l. 10

D. de regulis juris (50, 17) — „Secundum naturam est, commoda cujusque rei eum sequi, quem sequuntur incommoda“ — stehen, welcher sich ganz von selbst in den anderen verkehrt, daß, wo das commodum, auch das incommodum ist, wie auch die l. un. §. 4 C. de caducis tollendis (6, 51) verbis: „neque enim ferendus est is, qui lucrum quidem amplectitur, onus autem ei annexum contemnit,“ anerkennt: so behaupten dieselben doch ebensowenig eine absolute Geltung, und finden ebensowenig eine von der besonderen Natur der vorliegenden Fälle gänzlich absehende, rein abstracte Anwendung, wie so viele andere in unseren Rechtsquellen vorkommende, ihrer Fassung nach ganz allgemein lautende Regeln, welche gleich ihnen ein Resultat wissenschaftlicher Abstraction sind, wie Dies auch die l. 1 D. de regulis juris und die l. 202 D. eod. andeuten.

Ihre Hauptanwendung finden demgemäß jene Aussprüche auch in der Lehre vom Schadensersatze, und ist es deshalb auch keinesweges etwa als zufällig anzusehen, wenn dieselben gerade in solchen Titeln unserer Rechtsquellen sich finden, welche diese Lehre besonders und vorzugsweise behandeln. Denn wo Jemand den Schaden ersetzt verlangt, welcher ihm durch die widerrechtliche Vorenthaltung einer Sache entstanden ist, und auf erhobene Klage durch das richterliche Urtheil in die Lage versetzt werden soll, worin er sich befunden haben würde, wenn diese Widerrechtlichkeit entweder überall nicht vorgekommen wäre, oder doch schon mit dem Beginne des Processes ihre Endschaft erreicht hätte, da versteht es sich nach der Natur der Sache von selbst, daß der Berechtigte den Schaden, welcher ihm dadurch erwachsen ist, daß er die Früchte dieser Sache nicht selbst hat ziehen können, nur nach Maßgabe des Netto-, nicht aber des Brutto-Ertrages berechnen kann, und sich deshalb den Betrag derjenigen Unkosten abrechnen lassen muß, welche er bei eigenem Besitze und eigener Cultur in derselben Weise hätte aufwenden müssen, wie der widerrechtliche Besitzer es gethan hat; ebenso aber auch hinsichtlich derjenigen Früchte, welche der belangte Besitzer in natura herauszugeben hat, einerlei, ob sie bereits von der fruchttragenden Hauptsache separirt, oder noch mit derselben verbunden sind,

sich den gleichen Abzug der Kosten gefallen lassen muß, da er auch hinsichtlich ihrer nur in die Lage versetzt werden soll, worin er sich bei rechtzeitiger Herausgabe der Hauptsache selbst befunden haben würde, welchen Falls die Culturkosten von ihm selbst aufzuwenden gewesen wären. Eben deshalb kann denn auch hinsichtlich des gestatteten Abzuges derjenigen „impensae, quae quaerendorum, cogendorum conservandorumque fructuum gratia fiunt," Nichts darauf ankommen, ob der auf Herausgabe der Sache selbst und ihrer Accessionen mit einer dinglichen Klage belangte Besitzer derselben hinsichtlich dieses seines Besitzes in bona oder in mala fide war, während bei Verwendungen anderer Art dieser Unterschied von sehr erheblicher Bedeutung ist, und wird daher auch in der l. 36 §. 5 D. de hereditatis petitione (5, 3) diese Anwendung des Satzes: „fructus non intelliguntur, nisi deductis impensis" als ein Ergebniß der naturalis ratio bezeichnet und gerechtfertigt.

Die gleiche naturalis ratio macht sich nun aber auch da geltend, wo auf Grund einer bestehenden Rechtsgemeinschaft der Reinertrag einer Sache als solcher gerade zur Theilung kommt, und ist es dieser Gesichtspunkt eben, welcher bei der Theilung der Früchte des letzten Ehejahres zwischen dem Ehemanne und dem Rückempfänger der Dos, die nach l. un. §. 9 C. de rei uxoriae actione (5, 13) „pro rata temporis portione utrique parti assignantur," die verhältnißmäßige Repartition der darauf verwendeten Impensen veranlaßt, ohne Rücksicht darauf, wer von beiden diese Früchte bezogen hat, wie es die l. 7 pr. §§. 15, 16 D. soluto matrimonio (24, 3) näher ausführen.

Wo Jemand ferner als Verwalter fremder Angelegenheiten oder auf Grund eines besonderen Contractsverhältnisses schon an sich Ersatz derjenigen Auslagen verlangen kann, welche er aus eigenen Mitteln für das fremde Interesse gemacht hat, da versteht es sich ebenso von selbst, daß er bei der Ablieferung der für den anderen Contrahenten erzielten Früchte, mag er sie selbst bezogen haben oder mit der fruchttragenden Hauptsache herausgeben, Ersatz der darauf gemachten Verwendungen beanspruchen kann. Vergl. l. 10 §§. 2, 9 D. mandati (17, 1).

Wo dagegen Jemand eine fruchttragende Sache einem Anderen schenkungsweise übergiebt, da wird es, wenn er dieserhalb nicht einen besonderen Vorbehalt gemacht hat, Niemand als ein Gebot der natürlichen Billigkeit betrachten, daß der Beschenkte dem Schenker die auf Erzielung der im Augenblicke der Schenkung mit der geschenkten Sache noch verbundenen Früchte gemachten Verwendungen zu erstatten habe, eben so wenig wie in dem Falle, da die auf einem Grundstücke stehende Ernte den unmittelbaren Gegenstand der Schenkung gebildet hat.

Dem entsprechend finden wir daher auch im §. 44 der Vaticanischen Fragmente und in l. 42 D. de usuris (22, 1) dem Vermächtnißnehmer das Eigenthum der Früchte der vermachten Sache von dem Augenblicke an zugesprochen, wo diese selbst in sein Eigenthum übergeht, und in der letzteren Stelle hiebei noch ausdrücklich bemerkt, daß hinsichtlich dieses Erwerbes Nichts darauf ankomme, ob vor dem Anfalle des Vermächtnisses bereits der größere Theil des Jahres verstrichen war, also — wie hieraus sich ergiebt — ohne Rücksicht darauf, ob etwa der Erblasser oder der Erbe selbst noch die zur Erzielung der Ernte nöthigen Verwendungen gemacht hat. Jeder Zweifel darüber, daß der Erbe diese Verwendungen nicht ersetzt verlangen kann, schwindet hier aber dadurch, daß in der l. 120 §. 2 D. de legatis I. (30) der Pächter des so vermachten Grundstücks wegen seiner Entschädigung ausdrücklich an den Erben verwiesen wird, also auch wegen der dem Legatar zu Gute kommenden auf die von diesem percipirten Früchte gemachten Verwendungen sich nicht etwa an diesen halten kann.

Hiemit steht es aber wieder in genauestem Einklange, wenn in Beziehung auf einen vermachten ususfructus in l. 27 pr. D. de usufructu (7, 1) ebenso die im Augenblicke des Anfalles dieses Vermächtnisses auf dem betreffenden Grundstücke stehenden, obwohl schon reifen Früchte dem Fructuar zugesprochen werden, und führt die Consequenz der in Beziehung auf das Vermächtniß der Sache selbst gegebenen, so eben angeführten Entscheidungen mit Nothwendigkeit zu der Annahme, daß von einer dem Erwerber der Früchte obliegenden Verpflichtung zum Ersatze der zur Er-

zielung dieser Früchte aufgewendeten Bestellungskosten überall nicht die Rede sein kann.

Würde es demnach auch nicht als eine petitio principii erscheinen, wenn man hieraus die Folgerung ableiten wollte, daß ebenso wie der Fructuar die im Augenblicke des Beginnes seines Rechtes auf dem betreffenden Grundstücke stehenden Früchte erwirbt, ohne sich wegen der Bestellungskosten mit dem Eigenthümer abfinden zu müssen, auch dem Eigenthümer nach §. 36 J. de rerum divisione (2, 1) die im Augenblicke der Erlöschung des Usus fructus mit dem Gegenstande desselben noch verbundenen Früchte zufallen, ohne daß er zum Ersatze der von dem Fructuar aufgewendeten Bestellungskosten diesem selbst oder dessen Erben verbunden wäre, so könnte doch der Umstand etwa Bedenken hiegegen erregen, daß die Bestellung des Nießbrauchs regelmäßig durch einen Liberalitätsact geschieht, wie denn auch gerade die l. 27 pr. D. de usufructu (7, 1) bei ihrer Entscheidung den Fall der Entstehung des Usus fructus durch Vermächtniß vor Augen hat, daher, was für den Beginn des Usus fructus der liberalen Absicht des Bestellers selbst gemäß angenommen werden muß, für die Beendigung desselben zum Besten des Eigenthümers, an welchen die ihm inzwischen entzogene Nutzung des Grundstücks zurückfällt, nicht ebenso zum Nachtheile des Fructuars als beabsichtigt scheint angenommen werden zu können.

Allein, daß die Römischen Juristen dieses Bedenken nicht getheilt haben, ergiebt sich schon aus dem Parallelismus, welcher in der Fassung ihrer bezüglichen Entscheidungen hinsichtlich der Zutheilung der Früchte bei dem Beginne und der Beendigung des Usus fructus an den Fructuar und den Eigenthümer sichtlich hervortritt. Und schließt schon dieser Parallelismus den Gedanken aus, daß der Gewinn, welchen der Usufructuar und der Eigenthümer an den im Augenblicke des Beginnes und der Beendigung des Usus fructus mit dessen Gegenstande verbundenen Früchten machen, nach verschiedenen Rücksichten, dort nach dem Brutto-, hier aber nach dem Netto-Ertrage, bestimmt sein soll, so ist es in dieser Beziehung auch nicht ohne Bedeutung, daß,

während in dem §. 32 J. de rerum divisione (2, 1) dem gutgläubigen Besitzer, welcher auf fremden Boden gesäet hat, wie in anderen unmittelbar vorher besprochenen Fällen gemachter vortheilhafter Verwendungen, dem vindicirenden Eigenthümer gegenüber ein Anspruch auf Ersatz der Saatkosten zugesprochen wird, der bald darauf folgende §. 36 J. eod., indem er den Fall behandelt, da der Fructuar zu einer Zeit stirbt, wo die Früchte bereits reif, aber noch nicht percipirt, sämmtliche Bestellungskosten also bereits aufgewendet sind, die Ernte dem Erben des Fructuars abspricht, und dem Eigenthümer des Grundstücks zutheilt, ohne überall auf die Frage einzugehen, wie es in diesem Falle mit den Saat- und Bestellungskosten wird.

Die Folgerung, welche sich aus diesem Schweigen der Römischen Juristen über eine so unmittelbar sich aufdrängende Frage in Beziehung auf einen im gemeinen Leben gar nicht selten vorkommenden Fall rücksichtlich der Ansicht ableiten läßt, welche sie in Beziehung auf deren Beantwortung hegten, und das verneinende Ergebniß derselben gewinnt aber völlige Sicherheit durch die Betrachtung der Verpflichtungen, welche sie dem Usufructuar gegen den Eigenthümer, und zwar gerade mit Rücksicht auf die demnächstige Beendigung des ihm eingeräumten Rechtes auferlegen. Wie dieses Recht selbst nach der in l. 1 D. de usufructu (7, 1) davon gegebenen Definition dahin bestimmt ist, daß es die Befugniß sei, eine fremde Sache ihrer Integrität unbeschadet zu gebrauchen und zu genießen, so legen sie nämlich, eben dieser Begriffsbestimmung selbst gemäß, dem Fructuar die Verpflichtung auf, wie ein guter Wirth für deren Erhaltung und bleibende Nutzbarkeit zu sorgen, was sich im Einzelnen dahin gestaltet, daß er die Grundstücke in guter Cultur halten, daher die zur Bestellung des Ackers nöthigen Arbeiten und Verwendungen beschaffen, abgängige Bäume und sonstige Culturgewächse nachpflanzen, die Heerden vollzählig erhalten, die gewöhnlichen Reparaturen der Gebäude besorgen, und daneben die Abgaben und öffentlichen Lasten tragen, nach beendigtem Nießbrauche aber die Sache in specie, und zwar in dem Zustande restituiren muß, welcher seinem pflichtmäßigen Gebrauche entsprechend ist, wie

Dies in jedem Lehrbuche des Römischen Rechts ausgeführt wird. Hinsichtlich aller übrigen Ausgaben und Verwendungen dieser Art ist es nun völlig unbestritten und zum Theil ausdrücklich gesagt, daß sie der Fructuar in der Weise aus eigenen Mitteln zu bestreiten hat, daß sich um ihren Betrag der Ertrag des ihm eingeräumten nutzbaren Rechtes mindert, und wird der leitende Gesichtspunkt hiefür von einem neueren Juristen, Keller — Pandecten, §. 174 Seite 337 —, höchst treffend dahin angegeben, daß er überhaupt Alles zu tragen hat, was öconomisch auf den Nutzen und nicht auf das Kapital verlegt wird. Weshalb Dies hinsichtlich der Bestellungskosten des Ackers sich anders verhalten sollte, ist aber gar nicht, und zwar um so weniger abzusehen, als öconomisch auch sie auf den Ertrag geschlagen werden; und so haben denn auch Elvers, Römische Servitutenlehre, Seite 538 not l. und mit ihm Heimbach, Rechtslexicon XI. Seite 919 not. 228, im Gegensatze gegen die abweichende Ansicht der in der sententia contra quam angeführten Schriftsteller dem Fructuar den Ersatz der Bestellungs- und Aussaatkosten ganz in derselben Weise absprechen zu müssen geglaubt, wie den Ersatz aller derjenigen impensae utiles et necessariae, die nur gemacht sind, um eine dem Usufructuar obliegende Pflicht zu erfüllen, und die deshalb diesem ein- für allemal aufgebürdet sind. Mit diesem Ergebnisse stimmt auch Leist — civilistische Studien Bd. 2 Seite 16 — überein, und wie wenig dagegen mit dem von den Vertheidigern der abweichenden Ansicht angerufenen Grundsatze: fructus non intelliguntur, nisi deductis impensis" auszurichten ist, Das ergiebt sich besonders deutlich aus der durch die vorstehenden Erörterungen bestärkten Erwägung, daß in Anbetracht der Lasten, welche auf den Usufructus gelegt sind, sein Werth für den Fructuar gerade nach dem dadurch geschmälerten Ertrage sich bestimmt, wie Dies auch in Beziehung auf die dem Usufructus nahe verwandte Servitut der operae servorum in der l. 4 und l. 6 §. 3 D. de operis servorum (7, 7) geradezu gesagt wird.

Zur Unterstützung dieses Ergebnisses, zu welchem die sententia contra quam gelangt ist, bedarf es daher auch einer

Berufung auf die Entscheidung der darin gleichfalls in Bezug genommenen l. 9 §. 1 D. locati (19, 2) an sich überall nicht weiter, wenngleich auch sie, trotz der dagegen gerichteten Ausführungen des Imploranten, dasselbe in so fern bestätigt, als sie ohne weitere Unterscheidung von impensae in rem und in fructus ganz allgemein von Verwendungen redet, welche der Pächter des usufructuarischen Grundstückes auf dasselbe gemacht hat, und ihm ebenso allgemein den Anspruch auf Ersatz derselben gegen seinen Verpächter bei vorzeitig eingetretener Beendigung des Nießbrauches abspricht, was unerklärlich wäre, wenn der Fructuar selbst, der sein Recht durch den Pächter eben ausgeübt hat, wegen gleicher Verwendungen Anspruch auf Ersatz gegen den Eigenthümer gehabt hätte.

Dagegen ist der Grund, weshalb der Ersatz des Schadens, den der Pächter auf diese Weise erleidet, demselben abgesprochen ist — „quia hoc evenire posse prospicere debuit“ — in Beziehung auf die Entscheidung des vorliegenden Rechtsstreits in so fern von besonderer Bedeutung, als bei der prekären Natur des ihm, dem Kläger, eingeräumt gewesenen Nießbrauches und der danach rein in die Willkür der Beklagten gestellten Beendigung, auch er stets darauf gefaßt sein mußte, daß ihm die Frucht der auf die Bestellung des ihm nießbräuchlich eingeräumten Grundstückes verwandten Arbeit und Auslage entging, und deshalb die Klage über die rücksichtslose Härte, mit welcher die Beklagte ihr Widerrufsrecht ihm gegenüber ausgeübt haben soll, rechtlich ebenso wenig Beachtung finden kann, wie das allgemeine Ergebniß der über die hier zu entscheidende Rechtsfrage angestellten Erörterungen dadurch eine Aenderung leidet, daß dasselbe möglicher Weise zu großen Härten führt, wenn der Usufructuar, welcher das Grundstück unbestellt erhalten hat, nach geschehener Bestellung stirbt, ohne die Ernte bezogen zu haben, da Dies eben eine Folge des Umstandes ist, daß der Nutzen, welchen der Fructuar aus dem ihm eingeräumten Rechte zu ziehen vermag, nach der eigenthümlichen Natur desselben in vielfacher Beziehung, wie der Berechtigte weiß, von zufälligen Ereignissen und der zur Zeit ihres Eintrittes obwaltenden Sachlage abhängig ist,

und hienach umgekehrt es ebenso gut vorkommen kann, daß der Fructuar die im Augenblicke des Anfalls seines Rechtes vorgefundene noch stehende Ernte lucrirt, während der Eigenthümer das Grundstück unbestellt zurückempfängt.

## 40.

## Inwieweit hat der Erbpächter die Befugniß, auf den zu seinem Erbpachtgute gehörenden Wiesen Torf stechen zu lassen? Ca. 121/1861 Strelitz.

Zwischen dem Großherzoglich Mecklenburg-Strelitzschen Kammer- und Forst-Collegium und dem Erbpächter E. zu Z. entstand ein Streit über die Frage, ob und inwieweit Letzterer berechtigt sei, auf den Wiesen des ihm von der erwähnten Behörde in Erbpacht gegebenen Gutes Z. Torf stechen zu lassen, und zwar schritt der Erbpächter, nachdem ihm durch Strafverfügungen des Großherzoglichen Amtes M. im Auftrage des Großherzoglichen Kammer- und Forst-Collegii die Fortsetzung des in einem sehr bedeutenden Umfange unternommenen Torfstiches verboten worden war, zur Klage gegen den zur gerichtlichen Ausmachung der Sache bevollmächtigten Kammerprocurator F., in welcher er die beregten Verfügungen des Amtes M. zugleich als eine Verletzung seines Besitzes und seines dinglichen Rechtes darstellte und um Aufhebung des von der Domanial-Verwaltungsbehörde erlassenen Inhibitorii gegen den Torfstich und um Verurtheilung des Beklagten in alle ihm durch dasselbe zugefügten Schäden bat.

Der beklagte Kammerprocurator bestritt diesen Klageanspruch mit der Behauptung, daß durch den in Frage stehenden Torfstich eine dem Kläger nicht zustehende Deterioration des Erbpachtgutes und namentlich der zu demselben gehörenden Wiesen herbeigeführt werden würde.

Die Justiz-Canzlei zu Neustrelitz verurtheilte in dem Erkenntnisse vom 12. April 1861 den Beklagten, sich aller Hinderungen des von dem Kläger auf seinem Erbpachtgute Z. an-

geordneten und anzuordnenden Torfstiches zu enthalten, auch dem Kläger alle entstandenen Schäden salva liquidatione zu ersetzen.

Auf Appellation des Beklagten machte das Oberappellations-Gericht in dem — demnächst auch in der Restitutions-Instanz bestätigten — Urtheil vom 4. November 1861 die erwähnte Verurtheilung des ersten Erkenntnisses von der Bedingung abhängig, daß der Beklagte nicht binnen drei Wochen reprobatione salva rechtlicher Art nach darthun sollte:

daß und in wie fern die fragliche Erbpachtstelle — durch Aushebung des Torfes aus den Wiesen und dessen Baggerung verschlechtert werde,

und bestimmte dabei, daß je nach dem Resultate des Beweisverfahrens in der Hauptsache und der Kosten halber weiter ergehen solle was Rechtens sei.

Die Gründe lauten also:

1. — Auf die Deutsche Erbpacht müssen jedenfalls, in so weit die Natur und der Umfang des überlassenen Rechtes zur Frage stehen, die Grundsätze über die Römische Emphyteusis angewendet werden, da diese die einzige gemeinrechtliche Analogie ist, welche sich darbietet.

Vergl. Eichhorn, Einleitung in das Deutsche Privatrecht, §. 259, Seite 658 und 659.

Auch weicht der für den gegenwärtigen Fall maßgebende Erbpachtcontract im §. 1 durch den Ausdruck, daß der Empfänger die Stelle „nach Erbpachtrecht" besitzen solle, unzweideutig auf die Emphytense als das Rechtsinstitut hin, nach dessen Grundsätzen der Inhalt des verliehenen Rechtes zu beurtheilen sei.

Im Allgemeinen steht es nun fest, daß der Emphyteuta das Recht auf den vollen Gebrauch und Fruchtgenuß hat.

§. 3 J. de locatione et conductione (3, 25)
l. 1 §. 1 D. si ager vectigalis (6, 3).

Da sich dies Recht desselben durch seine für alle Zukunft bestimmte Dauer von demjenigen des Usufructuars unterscheidet und daher ungeachtet der Möglichkeit einer Privation in der wichtigsten Beziehung mit dem Fruchtziehungs- und Gebrauchsrechte des Eigenthümers auf gleicher Linie steht, so beruht die

schon von Hofacker, princip. juris §. 1042, aufgestellte Ansicht, daß der Emphyteuta die Art des Gebrauches ändern und das Grundstück selbst umgestalten dürfe, auf gutem Grunde; allein das in Frage stehende Recht des Emphyteuta ist um dieses seines weit greifenden Umfanges willen nicht als ein unbeschränktes zu behandeln. Nachdem die Theorie von einem dem Emphyteuta zuständigen dominium utile längst als eine unhaltbare widerlegt worden, ist kein Zweifel mehr darüber, daß derselbe in Bezug auf das der Emphyteuse unterworfene Grundstück ein wenn freilich beschränktes, doch aber keineswegs aufgehobenes fremdes Eigenthum anzuerkennen hat.

Puchta, Pandecten, §. 174.

Eine Benutzung, welche durch Deterioration der Substanz des Grundstückes in dies Eigenthum eingreift, stellt sich als eine Rechtswidrigkeit dar, und es erfordert die auch für den emphyteutischen Contract maßgebende bona fides den Emphyteuta zur Vermeidung solcher Rechtswidrigkeit für verpflichtet zu erklären, da der Eigenthümer ungeachtet der dauernden Weggabe des vollen Gebrauchs- und Nutzungsrechtes in Folge seines Anspruches auf den Rückfall in den gesetzlich bestimmten Fällen, so wie auf das laudemium und den Canon ein unverkennbares Interesse an der Erhaltung des unverminderten Werthes des Grundstückes hat. Die Nov. VII. cap. 3 §. 2 erklärt daher den Emphyteuta, welcher das Grundstück deteriorirt hat, für schuldig den früheren Stand desselben wieder herzustellen, und die communis opinio hat in richtiger Anerkennung des allgemeinen Gedankens, welcher dem zunächst freilich nur von Emphyteusen an einem kirchlichen Grundstücke sprechenden Gesetze zu Grunde liegt, kein Bedenken getragen, mit Bezug auf die angeführte Novelle generell den Satz aufzustellen, daß der Emphyteuta das Grundstück in gutem Stande zu erhalten und Deteriorationen zu vermeiden verpflichtet sei,

vergl. Hofacker, a. a. O.

Glück, Erläuterung der Pandecten, Thl. 8, Seite 399 und 412 f.,

Thibaut, System des Pandectenrechts, 8. Ausg., §. 778,

Mühlenbruch, Lehrbuch des Pandectenrechts, §. 295 sub 2 und §. 296, I, a,

Sintenis, das practische gemeine Civilrecht, 2. Aufl., Bd. 1, §. 55, Seite 541,
Seuffert, practisches Pandectenrecht, §. 185 und 186,
Arndts Lehrbuch der Pandecten, §. 196 und 197,

wie denn auch eine in der Theorie und Praxis vielfach verbreitete Ansicht sogar so weit geht, den in der Nov. CXX. cap. 8 für kirchliche Emphyteusen anerkannten Privationsgrund der Deterioration auf alle Emphyteusen auszudehnen.

Hofacker, a. a. O., §. 1056,
Glück, a. a. O., Seite 412 f. und 538 f.,
Thibaut, Versuche, Bd. 2, 2. Aufl., Seite 270,
Mühlenbruch, a. a. O., §. 297, II, 5,
Sintenis, a. a. O., Seite 545,
Seuffert, a. a. O., §. 188,
Arndts, a. a. O., §. 199.

2. — Es läßt sich nicht füglich bezweifeln, daß der Torf unter den Gesichtspunkt der Frucht fällt, und muß daher dem Emphyteuta das Recht, Theile des Grundstückes, welche bisher als Wiesen benutzt worden sind, zum Torfstich zu verwenden, zugestanden werden. Nach den entwickelten Grundsätzen überschreitet der Emphyteuta aber die Grenzen einer erlaubten Nutzung, wenn er den Torfstich so betreibt, daß dadurch eine Deterioration des Grundstückes herbeigeführt wird und kommt es nach der zutreffenden Ausführung von Thibaut (Versuche, Bd. 2, 2. Aufl. Seite 270—272) für den Begriff der Deterioration hier nur darauf an, ob der Werth des emphyteutischen Grundstückes, als Ganzen, durch das zur Frage stehende Unternehmen verringert wird. Denn es kann dem Eigenthümer nicht zugestanden werden, die mit der Einführung der neuen Benutzungsart verbundene Zerstörung der früheren Cultur einseitig und ohne Rücksicht auf die gleichzeitig bewirkte Melioration als eine Verletzung seines Rechtes und Interesses geltend zu machen; vielmehr führt eine dringende Forderung der Gerechtigkeit dahin, daß diese Melioration jener Zerstörung gegenüber in ausgleichende Berücksichtigung gebracht werden muß, wenn über die Existenz einer rechtswidrigen Deterioration geurtheilt werden soll.

3. — Nach Maßgabe des Vorstehenden mußte unter Abänderung des vorigen Erkenntnisses wegen der in factischer Beziehung bestrittenen Frage über das Vorhandensein oder die Gefahr einer Deterioration auf Beweis erkannt werden, und zwar war der Beklagte für beweispflichtig zu erklären, da der Emphyteuta an sich vermöge seines Rechtes auf den vollen Gebrauch und Fruchtgenuß auch zum Torfstich befugt ist und erst dann in das Gebiet des Unerlaubten hinüberschreitet, wenn er diese Benutzung in einer das Grundstück deteriorirenden Weise unternimmt.

Die Fassung des Beweissatzes bedarf keiner besonderen Rechtfertigung, und ist nur noch zu bemerken, daß die Beweisauflage für die possessorische und petitorische Klage gleiche Bedeutung hat, indem es sich erst nach dem Ausfalle des Beweisverfahrens beurtheilen lassen wird, ob und in wie weit die den Torfstich des Klägers inhibirenden Verfügungen des Großherzoglichen Amtes M. und des Großherzoglichen Kammer- und Forst-Collegii eine Störung des dem Kläger als Emphyteuta zustehenden Besitzes enthalten.

---

## 41.

### Führt die fortgesetzte Nichtzahlung des Canons von Seiten des Emphyteuta nur die Verjährung der einzelnen Jahresleistungen oder eine Verjährung der gesammten Erbpachtforderungen herbei?

Vo. 402/1858.

Aus den Gründen des vom Oberappellationsgerichte unterm 11. Juni 1860 gefällten Erkenntnisses:

— — — — — — —

8. — Die (vorstehende) Frage knüpft sich an die Auslegung der l. 7 §. 6 C. de praescriptione XXX. vel XL. annorum (7, 39) an, und der Stand des durch die verschiedene Auslegung derselben entstandenen Streites ist einfach der, daß,

während die eine Partei der Juristen in solchen Fällen, in welchen die in dieser Stelle besprochenen terminlichen Prästationen nicht jede für sich Gegenstand einer selbständigen mit dem Augenblicke ihrer Fälligkeit erst ins Leben tretenden Obligation, sondern vielmehr Ausfluß einer sie umfassenden Hauptobligation, oder Accessorium einer solchen sind, die Verjährung zwar erst mit dem Ausbleiben der ersten terminlichen Leistung beginnen, dann aber, sofern nicht irgend eine spätere Anerkennung des bestehenden Schuldverhältnisses sie wieder unterbricht, durch dieselbe auch die Hauptobligation selbst mit ergriffen werden läßt, die andere Partei dagegen auch hier für jede einzelne Leistung mit dem Augenblicke ihrer Fälligkeit bei ausbleibender Entrichtung eine besondere nur den Anspruch auf diese Leistung selbst afficirende Verjährung eintreten lassen will, für die Verjährung der Hauptobligation dagegen den Eintritt anderweitiger Thatsachen erfordert, in denen eine Nichtanerkennung ihres Bestandes selbst von Seiten des Schuldners zu Tage tritt.

9. — Für die erstere Ansicht, an deren Spitze der Glossator Bulgarus steht, als deren Hauptvertheidiger im vorigen Jahrhunderte J. H. Boehmer — Exercitationes ad Digest., V. pag. 425 seqq. und Jus ecclesiast. Protest., II., 26 §§. 4 seqq. — aufgetreten ist, und welche in neuerer Zeit an Savigny — Heutiges Römisches Recht, V., Seite 305—312 — ihren vornehmsten Vertreter gefunden hat, läßt sich insbesondere der Umstand geltend machen, daß wo, wie beim Miethvertrage und dem diesem analogen Erbpachtcontracte, der Anspruch auf den jährlich oder wie sonst terminlich abzuführenden Mieth- oder Pachtzins Ausfluß der an sich einheitlichen durch den Mieth- oder Pachtcontract begründeten Obligation ist, in dem Ausbleiben der Zahlung stets eine unmittelbare Verletzung des bestehenden Contractsverhältnisses selbst liegt, und folgeweise die daraus entspringende Klage, welche formell den einheitlichen Character der ihr zu Grunde liegenden Obligation theilt, hervorgerufen, also in Beziehung auf den ganzen Contract actio nata ist und die dadurch veranlaßte Verjährung der Hauptklage nur durch die in der Leistung später fällig werdender Zahlungen

liegende oder sonst erklärte Anerkennung der Hauptschuld wieder unterbrochen werden kann. Die speciellen Bestimmungen, welche Justinian in der l. 8 §. 4 C. eod. und der l. 26 pr. C. de usuris (4, 32) über die Verjährung der Kapitalforderung bei ausbleibender Zinsleistung und der Forderung auf die rückständigen Zinsen bei verjährter Kapitalschuld aufgestellt hat, würden demnach einerseits nur eine consequente Anwendung dieser Grundsätze, dadurch aber andererseits zugleich eine Bestätigung derselben sein.

10. — Läßt sich nun aber auch allerdings diese Ansicht nicht bloß mit den Worten der l. 7 §. 6 C. cit. vereinigen, sondern scheint für sie auch die innere Consequenz des Rechts selbst zu sprechen, so ist doch andererseits nicht zu verkennen, daß die ihr gegenüberstehende Ansicht, an deren Spitze der Glossator Martinus steht, und welche nach dem eigenen Anerkenntnisse ihrer Gegner in der Theorie wie in der Praxis von jeher die überwiegende Mehrzahl der Juristen zu ihren Bekennern gezählt hat, der unmittelbaren Fassung wie dem äußeren und inneren Zusammenhange jener Stelle mehr entspricht. Faßt man nämlich zuvörderst die Art und Weise in's Auge, in welcher der Inhalt dieser Stelle an den Inhalt der ihr vorausgehenden §§. 4 und 5 sich anschließt, so ist schon nach der ganzen Haltung und Ausdrucksweise derselben kaum anzunehmen, daß Justinian hier bloß eine einfache Anwendung der dort über den Beginn der Verjährung einer bedingten oder betagten Forderung, und die Unterbrechung der Verjährung durch jede nachträgliche Anerkennung des ihr bereits ausgesetzt gewesenen Rechts auf den darin behandelten Fall zu geben, sondern vielmehr zugleich eine selbständige Bestimmung desselben zu treffen gedachte. Ferner unterscheidet er den Worten nach überall nicht zwischen den verschiedenen möglichen Gründen und Gestaltungen der Forderung auf terminliche Leistungen, sondern sucht vielmehr durch die gewählten Ausdrücke sie alle gleichmäßig zu umfassen. Was unbestrittenermaßen für den Fall gilt, da der Entstehungsgrund eines derartigen Forderungsverhältnisses dasselbe als aus einer Mehrheit von Obligationen zusammengesetzt erscheinen läßt, wird

demgemäß den Worten nach auch für den Fall vorgeschrieben, da das bezügliche Forderungsverhältniß selbst als ein einheitliches sich darstellt, aus welchem nur eine Mehrheit besonderer Ansprüche abfließt, ohne daß dadurch dessen Einheit selbst zerstört wird. Und daß es auch wirklich so gemeint ist, dafür spricht insbesondere noch der Zusammenhang, in welchem der zweite speciell von dem emphyteutischen Verhältnisse und der gewöhnlichen Zeitpacht handelnde Satz der Stelle an den ersten sich anschließt. Denn nicht nur ist danach augenscheinlich der erste Satz auch auf diese beiden Arten contractlicher Verhältnisse und die daraus abfließenden terminlichen Präſtationen mit zu beziehen, so daß durch deren Nichtentrichtung zunächst die Verjährung des speciell auf sie gerichteten Anspruchs hervorgerufen wird, sondern es wird hier offenbar auch aus dieser ersteren Bestimmung die weitere Folgerung abgeleitet oder auch näher dahin declarirt, daß die hinsichtlich der einzelnen Pachtzinse eingetretene Verjährung als solche in dem Verhältnisse des Emphyteuta oder Pächters zu dem Eigenthümer keinerlei Veränderung hervorzubringen vermöge. Dies ist in so fern auch völlig richtig, als durch die bloße Nichtentrichtung des Pachtzinses der Pächter ja nicht aufhört, auf den Namen des Eigenthümers oder Verpächters zu besitzen, und durch bloße Veränderung seines Besitzwillens, ohne daß diese zugleich in bestimmter Weise dem Eigenthümer gegenüber äußerlich wirksam hervortritt, dessen Besitz nicht verrücken kann. In diesem durch den Zusammenhang gebotenen Sinne aufgefaßt enthält der zweite Satz der l. 7 §. 6 C. cit. daher nicht bloß eine einfache Wiederholung der l. 2 C. eod., sondern eine neue selbständige Weiterführung des dieser zu Grunde liegenden Gedankens, und führt zu dem Ergebnisse, daß in derselben Weise, in welcher die Vindicationsbefugniß des Verpächters durch die Verjährung des Anspruchs auf die einzelnen Pachtzinse an sich unberührt bleibt, so Dies auch hinsichtlich der auf Rückgabe des Pachtstückes und die damit verbundenen Ansprüche gerichteten contractlichen locati actio der Fall sein muß. Daß eben diese Klage in derselben Weise, wie durch die verweigerte Rückgabe des Pachtstückes, auch durch die Nichtentrichtung des

Pachtzinses hervorgerufen wird, nöthigt nicht zu der Annahme, daß, wenn sie in dieser letzteren Richtung verjährt ist, sie auch in der ersteren, oder vielmehr in allen Beziehungen verjährt sein müsse. Denn dieser formell einheitliche Charakter der Klage schließt so wenig während der Dauer des Pachtverhältnisses selbst als nach dessen Beendigung deren wiederholte Anstellung aus, sobald verschiedene Verletzungen der contractlichen Verpflichtungen des Pächters durch sie verfolgt werden; und es widerstreitet daher auch überall nicht der Rechtsconsequenz, sie nur in der Richtung gerade verjähren zu lassen, und nur so weit, als sie gerade durch eine bestimmte Contractswidrigkeit veranlaßt ist. Die Grundsätze endlich, welche Justinian hinsichtlich der Verjährung der Zinsverbindlichkeit und der Kapitalschuld, aus welcher sie hervorgeht, in der l. 8 §. 4 C. de praescriptione XXX. etc. (7, 39) und der l. 26 pr. C. de usuris (4, 32) aufgestellt hat, können um deswillen Nichts gegen die hier besprochene Ansicht ergeben, weil Justinian selbst sie augenscheinlich nicht als eine bloße Anwendung der früher von ihm in der l. 7 §. 6 C. cit. gegebenen Bestimmung, sondern als neue selbständige Vorschrift hingestellt hat, und im Uebrigen auch zwischen diesem und dem am Schlusse der l. 7 §. 6 C. cit. besprochenen Falle keinerlei Gleichartigkeit obwaltet, indem die Verpflichtung des Darlehnsschuldners nicht in gleicher Weise wie die des Pächters in einem bestimmt gearteten Besitzverhältnisse äußerlich conservirt wird, wenn die Entrichtung des Zinses fortwährend unterbleibt. Aus der dem Eigenthümer bei der Emphyteuse wie bei einfachen Pachtcontracten wegen mehrjähriger Nichtentrichtung der Pachtzinse eröffneten Möglichkeit der Entsetzung des Pächters eine Nöthigung für ihn zur Anstellung der Klage abzuleiten, damit er der Verjährung seiner gesammten Ansprüche entgehe, wie Savigny es versucht, dürfte endlich in Beihalt der l. 25 D. de legibus (1, 3), zumal dem klaren Inhalte der l. 7 §. 6 in fin. C. cit. gegenüber eben so mißlich als gewagt sein.

11. — Können demnach die inneren Gründe, welche für die von Savigny wieder aufgenommene Ansicht des Bulgarus

zu sprechen scheinen, nicht als entscheidend betrachtet werden, und sind die Gründe dieser Art, welche die Ansicht des Martinus unterstützen, ihnen zum Wenigsten an Gewicht gleich, die äußeren aber entschieden überwiegend, so wird an dieser letzteren um so mehr festzuhalten sein, als sie auch in der Praxis von je her vorherrschend gewesen ist.

— — — — — — — — — — — —

---

## 42.

### Ueber die Wirkungen des pactum reservati dominii nach Mecklenburgischem Rechte. Bu. 927/1860.

Aus dem Querelbescheide des Oberappellationsgerichts vom 21. April 1860:

Schon lange vor den neueren und älteren Hypotheken-Ordnungen bestand in Mecklenburg als festes Recht, daß der bei Creditirung des Kaufgeldes gemachte Vorbehalt des Eigenthums dem Verkäufer nicht die Befugniß verleihe, im Falle des Concurses des Käufers oder dessen Successors die verkaufte und überlieferte Sache selbst zu vindiciren. Der Verkäufer wurde vielmehr zu den in dem Priorität-Urtheile zu locirenden Gläubigern gezählt, die Reservation gab jedoch der Kaufgelds-Forderung einen so bevorzugten Platz, daß sie vor allen Gläubigern des Käufers und dessen Nachfolgers aus der in der Debitmasse vorhandenen Sache zu befriedigen war. Indem man so der durch Verstattung einer Vindication entstehenden Rechtsunsicherheit entging, und den vielen Verwickelungen, welche mit der sonst nothwendigen Liquidation über das bezahlte Kaufgeld, über die Meliorationen und Deteriorationen ꝛc. verbunden sind, im Interesse beider Theile vorbeugte, entsprach man dem vermuthlichen Willen der Paciscenten, der sich auch in den vielfältigen theilweisen Cessionen des Rückstandes mit dem daran hangenden Rechte aus jenem Vorbehalte kund that.

Wie alt diese Praxis ist und wie zweifellos sie bestanden, läßt sich schon aus den Verordnungen vom 15. April 1778 und 22. December 1789 ersehen, da diese davon ausgehen, daß die mit reservirtem Eigenthumsrechte versehenen Ansprüche auf Concursproclamata anzumelden und nach den Vorzügen dieses Rechtes zu lociren sind. Ebenso geben von dieser Behandlung der sogenannten Doministen Kunde: die Constitution vom 31. März 1812 sub nr. 3, im Offic. Wochenbl. Seite 47, die Anlage A. des Notificatorium vom 25. Januar 1823, im Offic. Wochenbl. Seite 23, das allgemeine Proclam vom 3. Januar 1825, im Offic. Wochenbl. Seite 27 u. a. m. Die Verordnung vom 15. Mai 1813 hat sogar die Rangordnung der Cessionarien aus vorbehaltenem Eigenthumsrechte unter einander und respective im Verhältnisse zum Cedenten festgesetzt, und so wie dieselbe ganz allgemein lautet, ohne zwischen beweglichem und unbeweglichem Gute zu unterscheiden, so giebt es auch keinen zutreffenden Grund, der bei einem Inventarium oder überhaupt bei beweglichen Sachen zum Verlassen der als richtig und heilsam anerkannten und feststehenden Interpretation des Vorbehalts nöthigen könnte.

Die einschlagenden Streitfragen des gemeinen-Rechts existiren hiernach für Mecklenburg nicht, und wenn die Contrahenten wirklich einmal beabsichtigen sollten, dem Verkäufer beweglicher Gegenstände wegen des creditirten Kaufgeldes ein wahres Vindicationsrecht zu verleihen, so werden sie Dies geradezu und nicht durch den bloßen Vorbehalt des Eigenthums bis zum Abtrage des Kaufgeldes auszudrücken haben.

---

## 43.

## Der jüdischen Ehefrau steht ein gesetzliches Pfandrecht am Vermögen des Mannes wegen der Dos und der seiner Verwaltung überlassenen Paraphernа zu. Lo. 513/1860.

Der Bescheid des Oberappellationsgerichts vom 19. Februar 1861 enthält folgende Ausführung:

Wenn es auch höchst bestritten ist, ob der jüdischen Ehefrau ein gesetzliches Pfandrecht am Vermögen des Mannes wegen der dos und der seiner Verwaltung überlassenen Paraphernа zusteht, so hat sich doch das Oberappellationsgericht in Uebereinstimmung mit der hiesigen Justiz-Canzlei schon in einer Entscheidung vom 18. September 1848 für die Bejahung der Frage ausgesprochen, und die Gründe hiefür erscheinen als überwiegend. Wenn nämlich auch aus den verbis dispositivis im cap. 1 der Nov. 109 die Worte: „illis solis“ darauf hinzuweisen scheinen, daß auch die jüdischen Ehefrauen von dem fraglichen Pfandrechte haben ausgeschlossen werden sollen, so berechtigt doch der übrige Inhalt dieses Gesetzes seinem ganzen Zusammenhange nach zu dem Schlusse, daß es nicht in der Absicht Justinians lag, diese hier gegebene gesetzliche Bestimmung auch auf die jüdischen Ehefrauen mit zu beziehen. Ausdrücklich geschieht der Letzteren in dem Gesetze keine Erwähnung; nur die haeretici werden genannt, diese aber in der Justinianischen Rechtssammlung, namentlich in den ll. 12, 13, 18, 21 C. de haereticis (1, 5), von den Juden ausdrücklich unterschieden, und wohl läßt sich annehmen, daß Justinian, wäre es seine Absicht gewesen, die Juden in Bezug auf diese gesetzliche Bestimmung unter die haeretici mit zu subsumiren, Dies speciell hervorgehoben haben würde, zumal derselbe in der praefatio der Nov. 109 noch besonders specialisirt, wer ebenfalls den haereticis beigezählt werden sollte. Am Schlusse der praefatio, verbis: „Illos igitur etc.“ wird sogar der allgemeine Begriff der Ketzerei im Wesentlichen übereinstimmend mit der schon in der l. 2 §. 1 C. de haereticis (1, 5) gegebenen Definition festgestellt, und nicht bloß durch die Worte: „nam licet illi Christianorum nomen sibi imponant,“ sondern auch durch den in den Worten „in catholica ecclesia“ enthaltenen Gegensatz wird es bestätigt, daß nur die von der katholischen Kirche abtrünnig gewordenen christlichen Secten bezielt werden. Hiemit stimmt denn auch der Eingang, so wie der Schluß des cap. 1 und ebenso der Inhalt des cap. 2 der fraglichen Novelle überein, indem namentlich der Satz: „si ad meliorem mentem redierint,“

wiederum auf die Juden nicht passen würde. Jedenfalls bleibt es nach diesem übrigen Gesammtinhalte des Gesetzes im höchsten Grade zweifelhaft, ob es wirklich in der Absicht des Gesetzgebers lag, den jüdischen Ehefrauen das bisherige Pfandrecht gleichfalls zu entziehen, eben deshalb aber um so bedenklicher, der streng grammatischen Interpretation der Worte „illis solis“ den unbedingten Vorzug zu geben, als das Gesetz selbst in dem darauf folgenden Satze: „Quae *enim* etc.“, eine Erläuterung hinzufügt, welche mit dem buchstäblichen Sinne jener Worte nicht übereinstimmt. Ist aber nach dem Inhalte des Gesetzes der Wille des Gesetzgebers in der fraglichen Beziehung zweifelhaft, so wird auch eine Anwendung der Gesetzesvorschrift auf die jüdischen Ehefrauen um so weniger zulässig, als gerade zu den Zeiten Justinian's zwischen den eigentlichen Ketzern und den Juden eine erhebliche Verschiedenheit der Rechte Statt fand. Während nämlich jene als wirklich rechtlos betrachtet wurden, und so die Ausschließung der ketzerischen Ehefrauen auch von diesem Pfandrechte durch deren Rechtlosigkeit sich erklärt, war den Juden nicht allein eine freie Uebung ihrer Religion gestattet, sondern ihnen waren auch in privatrechtlichen Beziehungen die Rechte der Bürger im Staate keinesweges unbedingt versagt.

---

## 44.

## Ueber das Privilegium des Kindergeldes nach dem statutarischen Rechte der Stadt Rostock.

Bo. 932/1860.

Das Oberappellationsgericht erkannte in dem Bescheide vom 24. September 1860 an, daß das in dem statutarischen Rechte der Stadt Rostock nach dem Vorgange des Lübischen Rechtes sanctionirte Privilegium des Kindergeldes den Hauskindern auch rücksichtlich des aus der mütterlichen Linie auf sie gekommenen, von ihrem Vater verwalteten Vermögens zustehe und führte zur Begründung dieses Satzes Folgendes aus:

Schon das Lübische Recht giebt B. 3, Tit. 1, Art. 12 das Privilegium nicht bloß dem vor dem Rathe ausgesprochenen Kindergelde, sondern auch dem Kindergelde allgemein, nur daß es Ersteres dem Brautschatze der zweiten Ehefrau vor- und das sonstige Kindergeld demselben nachstellt. Im B. 2, Tit. 2, Art. 31 wird hievon nur eine Anwendung auf den nicht vor dem Rathe geschehenen Ausspruch gemacht. Der allgemeine Ausdruck „Kindergeld", d. h. Kinderforderungen, erlaubt nicht die Beschränkung auf die Forderungen aus dem elterlichen Ausspruche, und wenn auch der Punkt controvers gewesen ist, so haben doch die Commentatoren des Lübischen Rechtes, Mevius, in addit. ad art. 12 cit., und Stein, Th. 3, §. 60 not. XX. den Ausdruck auch auf die aus der väterlichen Verwaltung der bona adventitia originirenden Ansprüche bezogen, und Quistorp, welcher in seinen rechtlichen Bemerkungen VIII. — auch abgedruckt in Gesterding, analecta jur. Lubec. XXXII. — dieselbe Ansicht ausführlich vertheidigt, beruft sich dafür auf ergangene Urtheilssprüche.

Die Bestimmungen des Rostocker Stadtrechts Th. 3, Tit. 1, Art. 26 und Th. 2, Tit. 2, Art. 29 lauten nicht anders, und im Th. 3, Tit. 1, Art. 29 will es nicht den Begriff des Kindergeldes aufstellen, sondern nur festsetzen, daß die von den Vormündern vergriffenen Pupillengelder auch dahin zu zählen seien. Zusammengestellt werden diese Gelder mit dem außergerichtlich geschehenen Ausspruche — hinsichtlich dessen es nie zweifelhaft gewesen, daß derselbe zu den Kindergeldern zu rechnen — nur deshalb, damit ihnen nicht die Priorität der vor dem Rathe ausgesprochenen Kindergelder angewiesen werde.

Die Zweifel, die dennoch etwa übrig bleiben, sind durch die hiesigen Verordnungen vom 29. Mai 1806 nr. 4 und vom 2. September 1822 §§. 9, 10, 11 — womit §. 28 zu vergleichen — vollständig gehoben. Keine von ihnen erwähnt besonders des elterlichen Ausspruches. Die Erste giebt kurzweg den Kinder-Forderungen, in so fern der Vater oder Vormund Schuldner ist, das Privilegium. Die Andere ist im §. 9 hinsichtlich des bei dem Vater stehenden Kindergeldes eben so all-

gemein, und die Zusätze im §. 10 und §. 11 zeigen deutlich, daß der §. 9 das der väterlichen Verwaltung anvertraute Vermögen der Kinder im Auge hat, und es würde die ihnen dieserhalb zustehende Hypothek, wenn das Privilegium des §. 9 auf bona der fraglichen Art nicht zu beziehen wäre, im §. 28 mit hervorzuheben gewesen sein. Die Zweifel, welche das hiesige Stadtrecht etwa zurückläßt, dürfen aber in diese, die betreffenden Vorschriften desselben völlig aufhebenden, Verordnungen nicht wieder hineingetragen werden.

---

## 45.

## Zur Auslegung und Anwendung des §. 10 der Stadtbuchordnung vom 22. December 1829.

Me. 642/1858.

Der Ackersmann M. zu Ribnitz verkaufte um Johannis 1856 sein dort belegenes Haus Nr. 86 und tradirte es sodann an die Wittwe K. daselbst. Am 27. Juni 1856 ließ derselbe zum Zweck der Verlassung des Hauses vor der Stadtbuchbehörde zu Ribnitz die Erklärung registriren: er habe sein (näher bezeichnetes) Haus an die Wittwe K. für die Summe von 2000 Thlrn. verkauft, auch den vollen Kaufpreis erhalten und bitte, dasselbe auf die Käuferin zu verkündigen und demnächst auf Grund dieser Registratur ohne sein weiteres Zuthun zu verlassen. Hierauf wurde das Haus unterm 5. August 1856 verkündigt und die Verlassung auf Antrag der Käuferin am Nachmittage des 4. October vollzogen. Inzwischen hatte der Verkäufer am 3. October beim Stadtgerichte zu Ribnitz die Erklärung abgegeben, daß er bonis cedire. Das Stadtgericht decretirte sofort die Eröffnung des Concurses und ließ noch am Nachmittage das Mobiliar sicher stellen. Am 4. October wurden Concursproclamata und ein inhibitorium an die Stadtbuchbehörde erlassen; die Insinuation des Letzteren fand jedoch erst am Abend des 4. October Statt, *nachdem die Verlassung bereits ge-*

schehen war, wie auch das Concursproclam erst am Abend ad valvas affigirt wurde. Nachdem unter den Creditoren des Verkäufers M. ein Streit darüber entstanden war, ob die Verlassung anzufechten sei, überließ das Concursgericht es den einzelnen Gläubigern, welche für die fragliche Maßregel votirt hatten, auf Annullirung der Verlassung und auf Herausgabe des Hauses an die M.'sche Concursmasse auf eigene Gefahr und Kosten zu klagen, und traten in Folge dessen gegen die Wittwe K. beim Stadtgericht zu Ribnitz gemeinschaftlich klagend auf der Ackersmann J. M., der Gastwirth M. und die Bäckerfrau B., von welchen der Erste eine auf das fragliche Haus eingetragene Wohnungsberechtigung und eine auf die übrigen Grundstücke des Cridars (mit Ausschluß des fraglichen Hauses) eingetragene Capitalforderung aus einer Stadtbuchschrift vom 27. September 1856, die beiden Letzteren aber ganz eben solche Capitalforderungen aus gleichen Stadtbuchschriften in dem Concurse liquidirt hatten, aber bei der auch in der Generalmasse erfolgten Locirung ihrer liquidirten Forderungen nicht zur vollen Hebung gekommen waren. Die Klage greift die Rechtsbeständigkeit der Verlassung an, weil dieselbe erst 24 Stunden nach der von Seiten des Verkäufers erklärten cessio bonorum und also zu einer Zeit geschehen sei, wo derselbe nicht mehr über das Seinige habe disponiren können. Das Gesuch ist darauf gerichtet, daß die Verlassung als ungesetzlich für null und nichtig erklärt und die Beklagte verurtheilt werde, das Haus zu räumen und an die Masse zurückzugeben. In der Exceptionsschrift wird von der Beklagten der Rechtsbestand der Verlassung mit Bezug auf §. 10 der Stadtbuchordnung vom 22. December 1829 vertheidigt, wogegen von den Klägern in der Replik die replicatio doli daraus hergeleitet wird, der Beklagten sei bei der Verlassung bekannt gewesen, daß ihr Verkäufer M. bereits bonis cedirt habe. Das erste Erkenntniß des Stadtgerichts zu Ribnitz vom 25. April 1857 ließ die Kläger zu dem Beweise zu, daß die Beklagte zur Zeit der Verlassung die bereits verfügte Concurseröffnung gewußt habe. Auf Appellation der Beklagten wurden die Kläger aber von der Justiz-Canzlei zu

Rostock durch das Erkenntniß vom 1. December 1858, unter Aufhebung dieser Beweisauflage, mit ihrer Klage abgewiesen und in die Kosten der ersten sowie der zweiten Instanz verurtheilt, welche Entscheidung das Oberappellationsgericht durch das Erkenntniß vom 28. Nov. 1859 aus nachstehenden Gründen bestätigte.

— — — — — — — — — — — — —

3. — Nach §. 10 der Stadtbuch-Ordnung vom 22. December 1829 ist der durch die Verlassung bewirkte Eigenthumserwerb unter allen Umständen zu Recht beständig. Damit sind Klagen, welche, wie die actio Pauliana, gegen den wirklichen Eigenthümer gehen, nicht ausgeschlossen, wohl aber ist es die rei vindicatio. Dagegen räumt der zweite Satz des §. 10 dem Besserberechtigten eine Klage auf Abtretung des Eigenthums gegen den Ausschließenden und dessen Erben ein. Daß eine Verlassung, die ungeachtet der gehemmten Dispositionsbefugniß des bisherigen Eigenthümers erfolgte, wenn das Verfahren der Stadtbuchbehörde nicht durch ein gerichtliches Inhibitorium sistirt worden, mindestens gleiche Wirkung hat, folgt aus dem §. 26 der Stadtbuch-Ordnung mit Sicherheit.

4. — Die Kläger wollen nun das Haus zur Concursmasse heranziehen und stützen sich dafür zunächst darauf, daß der Verkäufer durch die am 3. October erfolgte Concurseröffnung die Dispositionsbefugniß über sein Vermögen, wozu das damals noch auf seinen Namen stehende Haus gehört habe, verloren gehabt. Dies ist zwar richtig, hier aber nicht zutreffend. Denn der Cridar hat sich seit der Güterabtretung keine Disposition über das Haus erlaubt, und die Zuschreibung des Eigenthums ist nicht in Grundlage einer von ihm ertheilten Vollmacht, sondern in Folge einer von ihm bereits unterm 27. Juni zur Registratur gegebenen, seine weitere Zuziehung ganz unnöthig machenden Erklärung geschehen. Daß diese als im Augenblicke der Verlassung gemacht anzusehen sei, ist eine auf keine Weise zu begründende Aufstellung, zumal da die Käuferin ihren Willen das Eigenthum zu erwerben, durch die Annahme der Tradition in

Beihalt der veröffentlichten Verkündigung gleichfalls vor dem Concurse genügend dargelegt hatte.

5. — Weiter berufen sich Kläger darauf, daß die besseren Rechte der Concursgläubiger durch die am 4. October geschehene Eigenthums=Zuschreibung verletzt seien. Allein die Concursgläubiger succediren nicht in das Eigenthum des Cridars, und haben auf Erwerbung desselben an sich kein Recht. Kann auch nach der Tax=Ordnung vom 25. Februar 1848 sub 3 b ausnahmsweise zu besonderen Zwecken auf das Gläubiger=Corps das Grundstück umgeschrieben werden, so ist doch die Regel eine andere, und von der Ausnahme nur dann Gebrauch zu machen, wenn zu den Zwecken des Concursverfahrens eine Disposition getroffen werden soll, welche noch vor dem Verkaufe die Wiedereröffnung der geschlossenen Folien erfordert. Sonst bleibt der Cridar Eigenthümer; ein Satz, von welchem der §. 32 der revidirten Stadtbuch=Ordnung nr. 2 Abs. 2 eine Anwendung macht. Auch sonst sind im vorliegenden Falle keine besseren Rechte der Concursgläubiger verletzt. Gehörte das Haus zur Zeit der Concurseröffnung auch noch zum Eigenthum des Cridars, und war das Dispositionsrecht des Letzteren auch auf die Creditoren übergegangen, so folgt hieraus doch nicht, daß bereits getroffene rechtliche Dispositionen des Cridars als nicht geschehen anzusehen, oder wieder rückgängig zu machen sind. Die Creditoren haben kein anderes Dispositionsrecht, als das beim Cridar noch zurückgebliebene. Im vorliegenden Falle hatte dieser aber bereits durch die Tradition und die zur Eigenthums=Verlassung so nothwendige als genügende Erklärung seinen Willen so vollständig aus der Sache zurückgezogen und den animus dominii transferendi so in gesetzlicher Art bethätigt, daß eine weitere und andere Disposition seiner Seits rechtlich unnöthig und resp. unstatthaft war, und da nun auch vor der Concurseröffnung die Verkündigungsfrist bereits abgelaufen gewesen, so daß es lediglich von dem einseitigen Antrage der Käuferin abhing, die Umschreibung vor dem Concurse zu erwirken, so hatten die Gläubiger gegen die Käuferin hier gar kein Recht, geschweige

denn ein besseres, womit der Bezug der Appellanten auf die mala fides der Letzteren von selbst wegfällt.

6. — Allerdings können die Concursgläubiger einen Mitgläubiger, der post bona possessa Zahlung seiner Forderung vom Cridar empfing, zur Ablieferung der empfangenen Summe in die Debitmasse anhalten.

l. 6 §. 7, l. 10 §. 16 D. quae in fraudem creditorum (42, 8).

Aber der Cridar hat an die Beklagte nach der Concurs-Eröffnung Nichts geleistet, vielmehr, wie bereits bemerkt worden, Alles, was von ihm zur Erfüllung des Kaufcontractes zu thun war, schon lange vorher so vollständig ausgeführt, daß er, wie aus seinen Angaben über seinen Vermögensbestand erhellt, das Haus zur Zeit der Güterabtretung nicht mehr als sein Eigenthum ansah. Am wenigsten sind die drei klagenden Gläubiger zu einer actio Pauliana berechtigt, da die eingetragene Wohnungsberechtigung des Ackermannes J. M. unter der Verlassung nicht leidet, und im Uebrigen die von ihnen angemeldeten Forderungen aus Schuldscheinen vom 27. September 1856, also aus einer Zeit herrühren, wo der Cridar bereits den Willen zu verlassen erklärt hatte und die Beklagte lange in der Lage war die Umschreibung einseitig zu erwirken.

---

## 46.

## Zur Auslegung und Anwendung der §§. 18 und 23 der Stadtbuchordnung vom 22. December 1829.

Me. 621/1857.

Nachdem auf das Wohnhaus des Ackermannes F. M. zu Ribnitz für dessen Bruder C. M. am 5. Juli 1850 in Grundlage eines mit den Eltern abgeschlossenen Vertrages eine Alimentationsberechtigung eingetragen, das Eigenthum des Hauses sodann aber in Folge Kaufes auf die verwittwete K. übertragen war, klagte der C. M. beim Stadtgericht zu Ribnitz unterm

5. Juni 1857 aus der ihm ertheilten Stadtbuchschrift gegen die verwittwete K. darauf, daß dieselbe ihn bei sich aufnehme und alimentire; auch brachte er in Folge eines den Mandatsproceß verweigernden Responses eine — von der Beklagten später als unrichtig nachgewiesene — Bescheinigung der Stadtbuchbehörde bei, daß für ihn am 5. Juli 1850 eine Wohnungs- und Alimentationsberechtigung in dem fraglichen Hause zur dritten Rubrik des folii im Stadtbuch eingetragen sei. Er wurde aber in Gemäßheit der Anträge der Beklagten in zweiter und dritter Instanz von der Justiz-Canzlei zu Rostock, so wie vom Oberappellationsgerichte rein abgewiesen. Die Gründe des von dem Letzteren unterm 12. December 1859 erlassenen Erkenntnisses lauten also:

1. — Da Inhalts des von der Beklagten in adj. A. ad [14] Canc. beigebrachten öffentlichen Extractes aus dem Stadtbuche, dessen Richtigkeit unbestritten ist, ein Recht des Klägers in dem Hause der Beklagten zu wohnen oder seinen Aufenthalt zu haben, auf dasselbe nicht eingetragen ist, so ist ihm eine desfallsige Personalservitut selbst dann nicht entstanden, wenn sein Vater und Bruder die Constituirung beabsichtigt haben sollten. Die allein eingeschriebene Alimentationsberechtigung enthält keine Eigenthums**beschränkung**, und kann ohne Wohnungsrecht in einem bestimmten Hause vollständig geltend gemacht werden. Ohnehin weisen die beigebrachten Vorverhandlungen auf die Absicht, eine Personalservitut zu errichten, gar nicht hin. Vielmehr kann der Bruder sein Versprechen den Kläger zu sich zu nehmen und lebenslänglich bei sich zu behalten nur erfüllen, wenn er selbigen in seine jedesmalige Wohnung mitnimmt, also beim Ausziehen aus dem fraglichen Hause dort nicht zurückläßt.

2. — Die dem Kläger unterm 27. Juni 1857 von der Stadtbuchbehörde ertheilte Bescheinigung, daß für ihn eine Wohnungsberechtigung auf das fragliche Haus eingetragen sei, steht gegen den nachgewiesenen Inhalt des Stadtbuchs zurück,

Stadtbuch-Ordnung vom 22. December 1829 §§. 3, 19 und 50 (Revidirte §. 36 nr. 1) Verordnung vom 16. Febr. 1838, nr. 14,

und wenn Beklagte sich auch in erster Instanz darauf beschränkt hat die Existenz der Personalservitut zu bestreiten, ohne gerade die Genauigkeit des gedachten Attestes anzufechten, so kann doch der Richter das Zeugniß einer öffentlichen Behörde, soweit ihm dessen Unrichtigkeit dargelegt ist, seiner Entscheidung nie zum Grunde legen. Auch hängt die Statthaftigkeit neuen Vorbringens in einer Rechtsmittel-Instanz nach §. 47 des Rechtsmittelgesetzes keineswegs davon ab, daß die Partei sich nicht schon im ersten Verfahren von der betreffenden Thatsache Kenntniß verschaffen konnte, und am wenigsten darf im vorliegenden Falle der Kläger, der durch Beibringung eines unrichtigen Hypothekenscheins den Irrthum veranlaßte und denselben wieder zu heben hatte, der Beklagten eine Verschuldung vorwerfen.

Das Verlangen des Klägers, daß die Beklagte ihn zu sich und in ihr fragliches Haus nehme, ist daher in der zweiten Sentenz mit Recht zurückgewiesen worden.

3. — Was den weiter erhobenen Alimentationsanspruch betrifft, so ist am 5. Juli 1850, bevor Beklagte das Haus acquirirte, auf dasselbe in die dritte Rubrik des Stadtbuchs eingeschrieben:

daß Kläger Alimentationsberechtigung aus diesem Hause habe.

Der §. 18 der Stadtbuch-Ordnung von 1829 bestimmt die dritte Rubrik

sub a. für alle Schuldforderungen oder Leistungen, für welche eine Hypothek bestellt werden soll,

sub d. für alle vom Normaltage an auf ein Grundstück gelegten, in bestimmten Zeitfristen oder unter bestimmten Umständen wiederkehrenden Geld- und Natural-Abgaben. (Die revidirte Stadtbuch-Ordnung vom 21. December 1857 rechnet im §. 2 nr. III., 2 hiezu das Recht auf Alimente.)

Nach §. 23 muß jede solche Eintragung den Betrag der Forderung, wofür Sicherheit bestellt werden soll, enthalten, und müssen alle zur dritten Rubrik gehörigen Ansprüche und Belastungen — mit Ausnahme der Personalservituten — in be-

stimmten Summen eingeschrieben werden. Damit correspondirt §. 24, wonach der Hypothekenschein die vortretenden und gleichstehenden Summen und Personalservituten anzugeben hat. Die Verordnung vom 12. November 1835 nimmt sub nr. 3, wenn dem Nutzeigenthümer das Folium ausschließlich zur Eintragung eröffnet wurde, hinsichtlich der in die dritte Rubrik für den Obereigenthümer einzuschreibenden Rechte auf die Anordnungen der citirten §. 18 d. und §. 23 Bezug, und die Verordnung vom 16. Februar 1838 hat diesen §. 23 noch dahin ergänzt, daß die unter bestimmten Umständen wiederkehrenden Abgaben (§. 18 d.) nur in einer für dieselben festgestellten Kapitalsumme eingetragen werden dürfen.

Nimmt man hinzu, daß nach §. 52 die im §. 18 d gedachten Geld- und Natural-Abgaben, so weit sie rückständig sind, von Edictalladungen ergriffen werden, und daß die zugehörige Tax-Ordnung einen Ansatz für Eintragungen in die dritte Rubrik enthält, welche nicht in Gelderlegnissen bestehen, so liegt Alles vor, was die zur Zeit der hier interessirenden Einzeichnung und Klage normirenden, hier unmittelbar einschlagenden Landesgesetze zur Beurtheilung der Frage haben, ob dem Kläger aus der erwähnten Einschreibung ein dingliches Recht erwachsen ist. Es fehlt sogar an einer ausdrücklichen Bestimmung darüber, in wie weit Rückstände aus den sich wiederholenden Abgaben des §. 18 d beim Zwangsverkaufe oder bei freiwilliger Veräußerung des Grundstücks ihre Erstigkeit und die dingliche Eigenschaft behalten, indem die desfallsige Aeußerung des §. 38 sich nur auf die zweite Rubrik bezieht und der §. 52 Abs. 2 wiederum auf §. 38 zurückweist.

4. — Hiernach werden die zu versichernden Leistungen selbst und die Geld- und Natural-Abgaben der dritten Rubrik dort verzeichnet, und muß die Eintragung nicht bloß den Betrag enthalten, sondern auch in bestimmten Summen geschehen. Letzteres ist hinsichtlich der unter bestimmten Umständen wiederkehrenden Abgaben durch die Verordnung von 1838 dahin abgeändert, daß sie nur in einer für dieselben festgestellten Kapitalsumme eingetragen werden dürfen, woraus zugleich

erhellt, daß unter den bestimmten Summen, in welchen sonst nach §. 23 einzutragen, nicht nothwendig, namentlich nicht bei sich sonst wiederholenden Leistungen, eine Kapitalsumme verstanden war. Bei den von bestimmten Umständen abhängigen Abgaben dieser Art hielt man den Satz vielleicht deshalb nicht für ausreichend, weil bei der Ungewißheit, wie oft der Fall eintreten werde, mit der Angabe des Werthes der einzelnen Leistung für die Abmessung der Höhe des Intabulats Wenig gewonnen war, während solche Angabe terminliche Präſtationen abschätzen ließ.

Mag man nun die hier versicherte Alimentations-Berechtigung aus dem Hause zu den im §. 18 sub a beregten Leistungen oder zu den dort sub d gedachten, in bestimmten Zeitfristen wiederkehrenden Geld- und Natural-Abgaben zählen, — immer ist bei der Eintragung zwiefach gefehlt. Denn einmal sind die Leistungen nicht angegeben, welche vermöge der Alimentationsberechtigung gefordert werden dürfen, und zweitens mangelt es an der Eintragung in bestimmten Summen.

5. — Das Princip der Specialität der Hypothekenbücher ist bei uns nicht bloß für das Stadtbuchwesen, sondern seit der ritterschaftlichen Hypotheken-Ordnung vom 12. November 1819 in allen späteren auch bezüglich der einzutragenden Forderungen dergestalt durchgeführt, daß dieselben ihrem Gegenstande und ihrer Größe nach bestimmt und resp. in festen Summen angegeben sein müssen.

So sollen nach der ritterschaftlichen Hypotheken-Ordnung §. 31 alle einzuzeichnenden Posten auf namhafte Quanta gehen, und Ansprüche, deren wirklicher Belauf unbekannt ist, nur bei Einschreibung eines in Zahlen ausgedrückten Ultimats der Schuld zur Intabulation gelangen. Ferner mußten nach der Mecklenburg-Strelitzschen Interims-Ordnung vom 16. April 1828 die Forderungsrechte, auf welche sich die auf städtische Grundstücke einzutragenden Hypotheken beziehen,

> damit eine Eintragung erfolgen könne, unnachläßlich in bestimmten Summen ausgedrückt werden, wobei Renten nach dem Zinsfuße von 4 Procent zu einer Kapitalsumme zu berechnen sind.

Die Interims-Ordnung wurde ersetzt durch die Stadtbuch-Ordnung vom 6. Januar 1830, welche ebenso wie die Mecklenburg-Schwerinsche von 1829 lautet und unterm 3. Mai 1838 auch mit den Mecklenburg-Schwerinschen Ergänzungen vom Februar 1838 in Uebereinstimmung trat.

Die wenige Tage nach diesen Ergänzungen Landesherrlich sanctionirte Wismarsche Stadtbuch-Ordnung nimmt §. 13 von der Nothwendigkeit der Eintragung in bestimmten Kapitalsummen nur die Personalservituten und die auf ein Grundstück gelegten wiederkehrenden Geld- und Natural-Abgaben aus, indem statt Dessen ein vollständiger und genauer Eintrag derselben genügen soll. Ueber die Erstigkeit der Rückstände hat der §. 31 eine Bestimmung.

Ferner wird die Eintragung nach dem Betrage der Forderung und in bestimmten Kapitalsummen im §. 14 der revidirten Hypotheken-Ordnung für die von den Landesklöstern in Erbpacht gegebenen Grundstücke vom 8. December 1852 — wie auch schon in der früheren vom 20. Februar 1837 — und von der revidirten ritterschaftlichen Hypotheken-Ordnung vom 18. October 1848 §. 12 gefordert. Sodann verlangt der §. 11 des für den Privatgrundbesitz in den Domainen unterm 2. Januar 1854 erlassenen Gesetzes zu jeder Eintragung eine Urkunde, welche mindestens die Forderung nach einem Kapitalbetrage nachweisen muß, und ist jeder Posten in einer Kapitalsumme zu vermerken, wenn diese auch nur als Ultimatum für den Concursfall gelten soll.

Die revidirte Stadtbuch-Ordnung vom 21. December 1857 hat §. 13 die letztere Bestimmung wörtlich aufgenommen, und statuirt nur eine hier nicht interessirende Ausnahme. Daß außer dem Ultimat auch die wiederkehrenden Leistungen selber anzugeben sind, ist in der gleichzeitig ergangenen Instruction für den Stadtbuchbetrieb sub nr. 20 noch besonders hervorgehoben.

6. — Gleiche Vorschriften bestehen auch in anderen Ländern. So verordnet das Hypothekengesetz für Baiern vom 1. Juni 1822: Jede Forderung kann nur auf eine Summe eingetragen werden. Gönner bemerkt dazu in dem Commentar über dieses

Gesetz Bd. 1 Seite 244 und 497, Bd. 2 Seite 238, daß bei Reichnissen, die zu gewissen Zeiten wiederkehren, die Bestimmung in Kapital nicht nothwendig sei, auch der Anschlag von Naturalien in Geld nicht erfordert werde, sondern die genaue Angabe derselben im Buche genüge.

Desgleichen schreibt das Würtembergische Pfandgesetz vom 15. April 1825 §. 11 vor, daß die Forderung, für welche das Unterpfand bestellt wird, der Summe nach bestimmt sein, und vor Bestellung des Unterpfandes der Betrag festgesetzt werden muß. Bolley hält in seinem Commentar zu diesem Gesetze, Bd. 1 Seite 94 die genaue Angabe der zu versichernden Summe für so wesentlich, daß die Unterlassung das Unterpfand ganz nichtig machen würde. Ebenso Reyscher, Würtemberg. Privatrecht Bd. 2 §. 326 Seite 98.

7. — Ob die Vorschrift der Stadtbuch-Ordnung von 1829, wonach Naturalleistungen in bestimmten Summen eingetragen werden müssen, nothwendig auf Geldsummen zu beziehen ist, und eine Eintragung solcher Leistungen mit genauer Angabe der Art und Quantität, wenn sie nicht in Geldsummen ausgeworfen werden, für zur Entstehung des dinglichen Rechts ungenügend hat erklären wollen, kann hier dahingestellt bleiben. Denn hier handelt es sich, wie gesagt, darum, ob eine Einschreibung, die weder in fester Summe geschehen ist, noch den Gegenstand der Leistung und das Maaß fixirt, für rechtsbeständig gehalten werden kann. Im vorliegenden Falle ist das Haus für den Kläger mit einer Alimentationsberechtigung belastet. Die Leistungen, welche hieraus sollen gefordert werden dürfen, sind nicht angegeben. Das Hypothekenbuch sagt nicht, ob sie in Gelde oder Naturalien bestehen sollen, das Maaß ist nicht angedeutet und doch hängt hier an sich Alles von den Verhältnissen und dem Bedürfnisse ab. Dazu kommt, daß nach dem zum Grunde liegenden Vertrage Kläger gerade bei dem Bruder bleiben und so die Alimentation empfangen sollte, wodurch die Alimentationskosten von weit geringerem Belange werden, als beim selbständigen Wohnen des Alimentanden. Es ist also ein so unbestimmtes Intabulat vorhanden, daß bei Klagen daraus noch erst

besonders unter Erwägung aller Umstände, über den Gegenstand und die Quantität verhandelt und Alles erst richterlich regulirt werden müßte. Das widerspricht dem in allen unsern Hypotheken-Ordnungen aufgestellten Principe der Specialität der Einzeichnungen und den in der Stadtbuchordnung hierauf wesentlich mit gebauten Vorschriften über das Verfahren auf Grund der Stadtbuchschriften, indem sie gerade voraussetzen, daß bei der Specialität des Intabulats solche Untersuchungen nicht vorkommen, und sich anderen Falls nicht halten lassen, wie denn auch der Real-Credit, dessen Hebung die Hypothekengesetze bezielen, bei Zulassung derartiger Unbestimmtheiten erheblich leiden müßte.

Demnach sind die gedachten Mängel für so wesentliche anzusehen, daß das Dasein eines dinglichen Rechtes auf bestimmte aus der Eintragung vom Richter zu entnehmende Leistungen negirt werden muß.

---

## 47.

## Die Bestimmungen des Lübischen Rechtes über das Beispruchsrecht der Erben beim Verkauf von Erbgütern gelten in der Stadt Grevismühlen nicht.

No. 129/1858.

Das Oberappellationsgericht führte zur Rechtfertigung des vorstehenden Satzes in den Gründen des Erkenntnisses vom 3. October 1861 Folgendes aus:

1. — Es ist allerdings unbestritten, daß die Stadt Grevismühlen mit dem Lübischen Rechte bewidmet ist, und es würde daher eines besonderen Beweises, daß auch die Bestimmungen dieses Rechtes über die Veräußerung der Erbgüter daselbst gelten, an und für sich daneben nicht noch bedürfen. Es ist aber eine unzweifelhafte Thatsache, daß nicht alle Vorschriften des Lübischen Rechtes in den mit diesem bewidmeten Mecklenburgischen Städten zur Geltung gekommen sind, resp. sich hierin erhalten haben, und bedurfte daher die Frage, ob die gedachten Bestimmungen

des Lübischen Rechtes in Grevismühlen gelten, um so mehr einer besonderen Untersuchung, als nach §. 19 des landesherrlichen Jurisdictionsregulativs vom 8. October 1806 das Stadtgericht und der Magistrat sich nur in so fern nach dem Lübischen Rechte richten sollen, als dasselbe in der Stadt Grevismühlen bisher in Anwendung gebracht und gekommen ist.

2. — Soviel sich nun aus den dieserhalb angestellten Nachforschungen ergiebt, hat das Stadtgericht zu Grevismühlen sich noch in den Jahren 1824 und 1829 bestimmt dahin ausgesprochen, daß, so weit die gerichtlichen Nachrichten reichen, das Lübische Recht rücksichtlich des ererbten Gutes und der darin untersagten Alienirung desselben ohne Erlaubniß der Erben in Grevismühlen nie aufgenommen, in Observanz erhalten, und einförmig darauf entschieden sei; und wenn die gerichtliche Praxis darüber später schwankend geworden ist, so ist Dies augenscheinlich nur durch die Aussprüche der höheren Gerichte veranlaßt worden, und es hat sich auch eine entgegengesetzte feste gerichtliche Praxis nicht gebildet. — Eben so hat nach dem Berichte des Magistrats die Durchsicht der Verlaß- und Protocollbücher sowohl aus älterer als neuerer Zeit ergeben, daß bei Umschreibungen von Grundstücken, welche der Veräußerer durch Erbgang erworben, einer Einwilligung der nächsten Erben zu keiner Zeit gedacht ist; und sind auch anderweitige Spuren der Anwendung der fraglichen Vorschrift in Grevismühlen von dem Magistrate nicht gefunden worden. Im Gegentheil erhellt aus einem an die Regierung abgestatteten Berichte desselben vom 26. Juni 1833, daß der Magistrat früher die bereits erwähnte Ueberzeugung des Stadtgerichts theilte, und erst in neuester Zeit durch die, die Richtigkeit jener Ansicht in Zweifel stellenden Entscheidungen der höheren Gerichte zu einer Aenderung seiner Ueberzeugung veranlaßt ist.

3. — Wie es nun nach diesen übereinstimmenden Aussprüchen des Stadtgerichts und des Magistrats und bei dem gänzlichen Mangel entgegenstehender Zeugnisse nicht bezweifelt werden kann, daß die Vorschriften des Lübischen Rechtes über die Veräußerung von Erbgütern entweder in Grevismühlen überall

nicht Eingang gefunden haben, oder doch aus dem Bewußtsein der Bewohner und der Uebung verschwunden sind; so wird diese Annahme auch durch das Verhältniß, in welchem das Beispruchsrecht der Erben zum Familienretracte steht, wesentlich unterstützt. — Das Verbot der Veräußerung von Erbgütern war übereinstimmend mit anderen deutschen Rechten auch nach Lübischem Rechte kein unbedingtes, vielmehr nach art. 6, I, 10 des Lübischen Rechtes der Verkauf im Falle ehehafter Noth gestattet, und den nächsten Erben in diesem Falle nur das Vorkaufsrecht zuständig. Spätere Gewohnheit ließ häufig auch bei allen Veräußerungen durch Kauf die Vindication nur gegen Erstattung des Kaufgeldes zu,

Eichhorn, Deutsches Privatrecht, §. 99,

wohin sich nach

Mevius, commentar. ad jus Lubecense I, 10, 6, nr. 92.

auch die gerichtliche Praxis des Lübischen Rechtes neigte, und hat sich vielfach aus dem dergestalt abgeschwächten Beispruchsrechte der nächsten Erben der Familienretract gebildet.

Eichhorn, a. a. O.
Beseler, deutsches Privatrecht, §. 124.

Eine gleiche Entwickelung darf auch in den Mecklenburgischen Städten um so mehr angenommen werden, als mit der Reception des Römischen Rechtes der Begriff der Universalsuccession, wonach die Erben an die Handlungen ihres Erblassers gebunden sind, zur Geltung gelangte, und damit eine practische Collision zwischen beiden Rechten eintrat, welche wohl geeignet war das frühere Beispruchsrecht der Erben in ein Vorkaufsrecht zu verwandeln, wie es nach einem in dem gedachten Berichte des Magistrats vom 26. Juni 1833 erwähnten Regierungsrescripte vom 12. März 1785 in Grevismühlen gerade beim Verkaufe von Erbgütern üblich war, und bis zur Verordnung vom 17. December 1832 in einer Reihe von Städten in Mecklenburg galt.

---

## 48.

## Zur Auslegung und Anwendung des Art. 12, Lib. III, tit. 12 und des Art. 2. Lib. I, tit. 8 des Lübischen Rechtes. Se. 810/1845.

Die Gründe des auf einen Streit in der Stadt Wismar bezüglichen Erkenntnisses des Oberappellationsgerichts vom 8. März 1847 enthalten folgende — in factischer Beziehung keiner weiteren Erläuterung bedürftigen — Ausführungen:

1. — Die Klage ist darauf gerichtet, daß der Beklagte in seiner auf der Heide in Wismar an der Nordseite sub Nr. 5 belegenen Wohnbude sich des Betriebes sowohl der Schenkwirthschaft, als auch der Bordellwirthschaft enthalten solle. In beiderlei Beziehung erscheint dieselbe an sich begründet. Der hier entscheidende Art. 12, lib. III, tit. 12 juris Lubecensis nennt die Krugwirthschaft ausdrücklich, und es bedarf keiner weiteren Ausführung, daß die Bordellwirthschaft zu den ebendaselbst genannten unleidlichen Gewerben gehört. Der Umstand, daß der Beklagte auf den Betrieb der Bordellwirthschaft concessionirt worden, kann auf die rechtliche Zuständigkeit der Klage keinen Einfluß äußern —

Stein, Abhandlungen des Lübischen Rechts, lib. III, tit. XII. § 229. —

und es müssen ertheilte Privilegien stets so verstanden und angewandt werden, daß den Rechten dritter Personen dadurch kein Eintrag geschieht.

2. — Der Kläger hat jedoch nicht in Abrede genommen, daß zur Zeit der Klaganstellung die Schenkwirthschaft in dem fraglichen Hause schon über Jahr und Tag betrieben worden, und es hat deshalb die vom Beklagten vorgeschützte Verjährungseinrede, in so weit sich dieselbe auf die von ihm betriebene Schenkwirthschaft bezieht, für begründet erkannt werden müssen. Sprächen dringende Gründe dafür, daß man sich bei Erklärung des art. II. lib. 1 tit. 8 jur. Lub. stricte an die nächstliegende Bedeutung der betreffenden Worte — „ein Gebäude unange-

sprochen gestanden" — halten müßte, so würde freilich der hier zur Entscheidung stehende Fall davon ausgeschlossen sein. Allein schon in der älteren Theorie und Praxis

Stein, a a. O., lib. III. tit XII. §. 231.
Stein, a. a. O., lib. I. tit. VIII. §. 19.
Mevius commentar. in jus Lubec. ad art. 12 lib. III. tit. XII.
Heineccius dissert. de praescript. annal. jur. Lubec. Halae 1734. §. 28.
Boehmer dissert. de annali jur. Lubec. praescript. Jenae 1822. §. 22.

ist diesem Artikel des Lübischen Rechts eine Beziehung auf Gebäude-Servituten und andere in Gebäuden auszuübende und mit Gebäuden verknüpfte Gerechtigkeiten beigelegt, und hiedurch der Rechtssatz geltend geworden, daß durch den ohne Widerspruch des Nachbaren während eines Zeitraums von Jahr und Tag ausgeübten factischen Betrieb Eines der in dem art. XII. lib. 3 tit. 12 jur. Lubec. bezeichneten unleidlichen Gewerbe das Widerspruchsrecht der Nachbaren ausgeschlossen, und so durch Verjährung eine wirkliche Gerechtigkeit begründet wird. Auch muß zugegeben werden, daß diese ausdehnende Erklärung durch das Lübische Statut in nicht geringem Grade begünstigt wird. Denn zunächst ist der besondere Fall, welchen die Bestimmung des gedachten art. II. nach dessen stricter Wort-Erklärung etwa bezielen möchte, schon speciell in den art. III. lib. 3 tit. 6 jur. Lubec. aufgenommen worden. Wenn nun der art. II. die näheren Beziehungen gerade jenes Falles hinwegläßt und zugleich seine Stellung in dem generellen Titel von Verjährungen bekommen hat, so liegt darin die gesetzliche Absicht angedeutet, dem Artikel einen weiteren allgemeinen Sinn beizulegen. Dazu kommt nun aber, daß das Lübische Recht im art. XII. lib. 3 tit. 12 in fin. eine erlöschende Verjährung von Hausgerechtigkeiten durch den Nichtgebrauch innerhalb eines bestimmten Zeitraums statuirt. Durch diese nahe liegende Analogie wird die Annahme, daß das Lübische Recht auch die erwerbende Verjährung solcher Gerechtigkeiten durch Ausübung derselben während einer bestimmten Zeit zulasse, in hohem Grade begünstigt. Im Uebrigen sind die näheren Erfordernisse dieser erwerbenden Verjährung nicht

aus dem römischen Rechte zu entnehmen, sondern nach dem Lübischen Rechte selbst, da dasselbe Anhaltspunkte hiefür darbietet, zu bemessen. Was das Lübische Recht hier unter Hausgerechtigkeiten versteht, ist aus dem Zusammenhange des art. XII. cit. zu ersehen. Der Artikel bezieht diesen im zweiten Satze vorkommenden Ausdruck auf die in den Häusern angerichteten und ausgeübten Handwerke und es wird dabei lediglich Dies, daß sie mit dem Willen des Nachbaren ausgeübt worden sein müssen, nicht aber Das erfordert, daß der Ausübende — wie Dies nach Römischem Rechte bei dem Erwerbe eigentlicher Gebäude-Servituten der Fall ist — zugleich der Eigenthümer des Hauses sein müsse. Kann hienach Das, was dieser Artikel „Hausgerechtigkeit" nennt, auch durch einen bloßen Miether des Hauses erworben werden, und vertritt ferner nach der obigen Entwickelung die ungestörte Ausübung eines solchen Betriebes innerhalb Jahr und Tag die Zustimmung des Nachbaren, so folgt, daß auch die erwerbende Verjährung solcher Gerechtigkeiten durch einen bloßen Miether des Hauses geschehen kann. Ob hiedurch dann eine Gebäude-Servitut im römischen Sinne mit allen römischrechtlichen Wirkungen entstehe, steht hier nicht zur Beurtheilung.

3. — Das Vorstehende darf nur von solchen Gewerben und Handlungen verstanden werden, welche ihrer Natur nach den Inhalt und Gegenstand wirklicher Gerechtigkeiten ausmachen können. Die Bordellwirthschaft ist aber nicht, wie die Schenkwirthschaft, bloß ein unleidlicher Betrieb im Sinne des art. XII. cit., sondern zugleich nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen ein den guten Sitten widerstreitendes und nach art. V. VI. lib. 4 tit. 5 jur Lubec. unerlaubtes und strafbares Gewerbe. Die Concessionirung gewährt dem Concessionirten zunächst die Freiheit von den Strafen des art. VI. cit. und demnächst auch eine persönliche Befugniß zu der Betreibung jenes Gewerbes, welches er überall da, wo er keinen durch das Lübische Recht zur Verweigerung der Zustimmung berechtigten Nachbaren hat, also mit dem Lübischen Rechte nicht in Collision geräth, auszuüben ein Recht erwirbt. Die Concession vermag im Uebri-

gen nicht die rechtliche Natur des Gewerbes zu verändern und hat als solche nicht die Kraft, den Bestimmungen des Lübischen Rechts zu derogiren. Auch die concessionirte Bordellwirthschaft kann niemals durch Zeitablauf eine Hausgerechtigkeit werden, und man darf sie in dieser Beziehung nicht in die Reihe der zwar für den Nachbaren unleidlichen oder gar gefährlichen, nicht aber die guten Sitten verletzenden Gewerbe und Handthierungen stellen.

Aus diesen Gründen mußte die Einrede der Verjährung, in so weit sie die vom Beklagten betriebene Bordellwirthschaft betrifft, verworfen werden.

---

## 49.

**Zur Lehre von den Reallasten.** Ca. 113/1858. Strel.

Die bekannte Controverse,

ob der Singularsuccessor in dem Besitze des belasteten Grundstücks für die aus der Besitzzeit seines Vorgängers rückständigen Leistungen zu haften habe,

ist in einem Rechtsstreite zwischen den Gutsherrschaften von N. und C. als Patronen der dortigen Kirchen, in welcher Eigenschaft ihnen das Compatronat über die gemeinsame Pfarre und Küsterei zusteht, zur Entscheidung gekommen. Es war im Allgemeinen zwar unbestritten, daß die Unterhaltung der Pfarr- und Küsterei-Gebäude eine den beiden Patronen als solchen zu gleichen Theilen obliegende Last sei, indessen behauptete die Gutsherrschaft von C. eine Ausnahme rücksichtlich des rohen Bauholzes, dessen Lieferung durch den Fundationsbrief von 1679 dem Pfarrorte N. als eine von dem Patronate unabhängige Gutslast auferlegt sei. Sie wurde deshalb von dem Compatron verklagt in Anerkennung der Patronatslast nicht allein künftig das erforderliche rohe Bauholz zur Hälfte entweder in natura oder in Gelde herzugeben, sondern auch die Hälfte des in den letzten 30 Jahren von dem Gute N. gelieferten Holzes nach der

Forsttaxe in Gemäßheit einer vorgelegten Specification zu vergüten. Nachdem diese Klage in erster Instanz abgewiesen war, erkannte das Oberappellationsgericht auf Appellation des Klägers aus hier nicht in Betracht kommenden Gründen, daß die fragliche Prästation eine den Beklagten zur Hälfte treffende Patronatslast sei, und legte in Betreff der für die bisherigen Lieferungen geforderten Entschädigung die der Sachlage entsprechenden Beweise auf. Eine eingehende Erörterung der Frage nach der Haftung des Beklagten für die vor seiner Besitzzeit fällig gewordenen Leistungen wurde erst in der Restitutionsinstanz dadurch veranlaßt, daß das von einer Juristenfacultät eingeholte Erachten annahm, der Singularsuccessor hafte nicht. Die Finalsentenz vom 7. April 1862 bemerkt dagegen:

Die Verfasser des vorliegenden Erachtens sind mit dem vorigen Urtheile in so fern einverstanden, als sie anerkennen, daß die fragliche Praestation dem Patronate, als solchem, obliege, seit der Theilung der J.'schen Güter jeden der beiden Compatrone zur Hälfte treffe, und, da das ritterschaftliche Patronat dinglicher Natur sei, auf den beiden Patronatsgütern R. und C. zu gleichen Antheilen als eine Reallast ruhe. Sie kommen gleichwohl rücksichtlich der in der Anlage A zur Klage specificirten einzelnen Holzlieferungen, deren halben Taxwerth der Kläger ersetzt verlangt, zu einem abweichenden Resultate, indem sie der Ansicht derjenigen neueren Schriftsteller folgen, welche die aus der Belastung eines Grundstücks fällig werdenden einzelnen Leistungen für eine rein persönliche Schuld des zeitigen Besitzers erklären und demgemäß lehren, daß der Singularsuccessor für die Rückstände aus der Besitzzeit seiner Vorgänger nicht zu haften habe. Diese Auffassung, von deren Vertheidigern Einige inconsequenter Weise den realen Charakter der Belastung selbst festhalten wollen, während Andere, vorzüglich Gerber (System des Deutschen Privatrechts §. 167), neben den persönlichen Leistungen eine dingliche Reallast gar nicht statuiren, sondern das ganze Verhältniß als eine einzige Obligation mit einer niemals sich erschöpfenden Mehrheit einzelner Leistungen bezeichnen, verdankt ihren Ursprung dem Umstande, daß dieses

deutsche Institut dem Römischen Systeme der jura in re aliena sich nicht einfügen läßt, und die früher herrschend gewesene Ansicht, als ob die Reallasten zu den Servituten gehörten, indem sie als servitutes in faciendo den beiden Römischen Arten der servitutes in patiendo und in non faciendo als eine dritte selbständige Art beizuzählen wären, ungemein leicht zu widerlegen ist. Damit sind aber die den Reallasten correlaten Rechte noch keinesweges aus der Reihe der jura in re aliena ganz gestrichen, in so fern man darunter diejenigen zu verstehen hat, welche den Berechtigten ohne Vermittelung eines persönlich verpflichteten Schuldners in eine directe Beziehung zu einer fremden Sache setzen. Das deutsche Immobiliarsachenrecht kennt nun außer den dinglichen Beschränkungen auch dingliche Belastungen des Eigenthums, kraft deren gewisse positive Leistungen dergestalt auf das Grundstück gelegt sind, daß der Berechtigte, ohne einen persönlichen Schuldner zu haben, sich nur an dieses und dessen Werth halten, und den zeitigen Besitzer nur als Vertreter desselben in Anspruch nehmen kann. In der That unterscheiden sich die radicirten Grundlasten, welche ihrem Begriffe nach durchaus nicht nothwendig eine endlose Reihe stetig wiederkehrender Leistungen bedingen, von Hypotheken nur dadurch, daß das verpfändete Grundstück für eine daneben bestehende Schuld eines persönlich Verpflichteten haftet, während bei der Reallast der Schuldner ganz fehlt, und der Werth des Grundstücks das einzige Object der Befriedigung des Gläubigers bildet. In beiden Fällen haftet der Besitzer, als solcher, in Ermangelung eines sonstigen Verpflichtungsgrundes persönlich nicht, und die älteren Juristen gaben daher gegen ihn, wie beim Pfandrechte, so auch bei den Reallasten, eine bald als Pfandklage, bald als confessoria utilis bezeichnete in rem actio, mochte die Belastung selbst, oder nur eine einzelne rückständige Leistung Gegenstand des Streites sein.

Cfr. Duncker, die Lehre von den Reallasten, §. 3 ff., besonders §. 16, IV. Seite 76 ff., §. 36, Seite 170.

Die neue durch unbegründete theoretische Bedenken hervorgerufene Lehre, welche die einzelnen Leistungen oder gar die ganze Reallast unter die Obligationen verweist, kann mit den daraus

abgeleiteten practischen Consequenzen hienach nicht anerkannt werden. Daß namentlich im Mecklenburgischen Rechte Grundlasten vorkommen, denen keine persönliche Verbindlichkeit zur Seite steht, beweisen die neueren Hypotheken-Ordnungen, und daß Patronatslasten der hier in Rede stehenden Art, sogar ohne einer Intabulation zu bedürfen, dazu zu rechnen seien, ist aus dem §. 4, 2 der revidirten ritterschaftlichen Hypotheken-Ordnung vom 18. October 1848 unmittelbar zu entnehmen.

---

## 50.

**Das Mahlzwangsrecht ist nach Mecklenburgischem Rechte mit der Befugniß verbunden, die Anlegung von Mühlen innerhalb des Bannbezirkes zu untersagen.** (Hi. 62. Strelitz.)

Die Wittwe H. zu S. klagte auf Grund des ihrer Mühle zustehenden Mahlzwangsrechtes gegen den zu ihren Zwangsgästen gehörenden Pfarrbauern K. daselbst, weil sich derselbe eine Mühle angeschafft habe, und erreichte in erster Instanz ein günstiges Erkenntniß, mittels dessen dem Beklagten unterm 19. April 1858 die fernere Benutzung seiner Mühle bei einer Strafe von 10 Thlrn. für jeden Contraventionsfall verboten wurde.

Auf Appellation des Beklagten wies die Justiz-Canzlei zu Neustrelitz durch Erkenntniß vom 5. April 1859 die erhobene Klage ab, indem sie in den Rationen 2 und 3 Folgendes ausführt:

2. — Nach der übereinstimmenden Auffassung der angesehensten Rechtslehrer — deren Ansichten auch auf den practischen Rechtszustand von bedeutendem Einflusse gewesen sind — besteht die rechtliche Natur eines Bann- und Zwangsrechts in der Befugniß, den demselben unterworfenen Personen die Anschaffung oder Zubereitung gewisser Lebensbedürfnisse, *bei jedem Andren als dem Berechtigten*, zu untersagen; — der Mühlenzwang also in dem Verbietungsrechte gegen die Zwangsgäste,

ihr Korn auf einer andern, als der Bann- oder Zwangsmühle, zu Mehl oder Schrot bereiten zu lassen. Derselbe enthält demnach eine Beschränkung der natürlichen Freiheit in der Benutzung und Auswahl verschiedener Mühlen, derzufolge der Mahlgast, wenn er Mehl oder Schrot zubereiten lassen will, diesen Entschluß nur auf der Zwangsmühle ausführen darf; derselbe mithin verpflichtet ist, mit dem bannberechtigten Müller eine desfallsige locatio conductio operarum einzugehen, Falls eine solche seinerseits überall eingegangen werden soll. Hieraus ergiebt sich, daß das Privilegium des Berechtigten erst in dem Falle verletzt wird, wenn der bezeichnete Vertrag mit einem andern Müller eingegangen — wenn dessen Thätigkeit zur Bereitung der Mühlenfabrikate von dem Bannpflichtigen in Anspruch genommen wird. Dahingegen tritt die Selbstbereitung zum eigenen Bedarf offensichtlich nicht in Widerspruch mit dem Bannrechte, und läßt dasselbe daher unverletzt; — wie denn diese Folgerung auch von den namhaftesten Autoritäten ganz ausdrücklich anerkannt wird.

cfr. Eichhorn, Einleitung in das deutsche Privatrecht. 3. Ausg. §. 185 S. 498,
Mittermaier, Grundsätze des deutschen Privatrechts Bd. II. §. 529 S. 671,
Maurenbrecher, Lehrbuch des deutschen Privatrechts Bd. I. §. 353 S. 784, sub 2,
Beseler, System des gemeinen deutschen Privatrechts. Bd. III. §. 212 sub III.,
Glück, Erläuterung der Pandecten, Bd. X. §. 659 S. 10.

3. — Ein Bedenken gegen die Richtigkeit dieser Folgerung könnte nur etwa daraus entnommen werden, daß andererseits dem Zwangsmüller anerkanntermaßen das Recht zusteht, die Errichtung und den Betrieb anderer Mühlen innerhalb des Bannbezirks nicht zu dulden;

cfr. Seuffert's Archiv Bd. I. Nr. 24,
G. L. Böhmer, auserlesene Rechtsfälle, Bd. III. Nr. 236, §§. 27, 28,—

wie denn auch im einheimischen Particularrechte

cfr. Reversalen v. J. 1621 Art. 32

der Satz Anerkennung gefunden hat, daß die Anlegung neuer Mühlen, auch wenn derselben im Uebrigen kein Hinderniß entgegenstehen würde, doch da nicht gestattet sein soll, wo „die Unterthanen auf bestimmten Mühlen zu mahlen verbunden sind.“ — Der hervorgehobene Zweifel beseitigt sich jedoch durch die Erwägung, daß ein jedes Bannrecht — auch abgesehen von dem etwanigen Zunftverbande — zugleich ein Monopol des Berechtigten innerhalb des Bannbezirkes, also die Befugniß zum ausschließlichen Betriebe des betreffenden Gewerbes innerhalb dieses Bezirkes, begründet;

cfr. Beseler, a. a. O. §. 209 S. 238,
Maurenbrecher, a. a. O. §. 353 pr.,
Mittermaier, a. a. O. §. 529 S. 669.

durch die Unternehmung eines gleichen Gewerbes von Seiten eines Dritten mithin das Monopol des Zwangsberechtigten verletzt werden würde. Der Mahlzwangspflichtige aber, der es vorzieht, sich die zu seinem Bedarfe erforderlichen Mühlenfabrikate selber zu bereiten, und sich zugleich hierauf beschränkt, betreibt eben noch kein Gewerbe, und läßt mithin das Monopol des Zwangsmüllers völlig unverletzt. — Daß Appellant diese Schranke nicht inne gehalten, sondern auch für andere S.'er Mahlgäste auf seiner Handmühle Korn gemahlen oder geschrotet habe, hat Appellatin nicht zu behaupten vermocht; eben so wenig aber würde die etwanige Annahme haltbar erscheinen, daß Appellant schon durch die bloße Anschaffung und Haltung der von ihm geständlich benutzten Maschine, ohne Weiteres zu erkennen gegeben habe, daß er mittels derselben — (wie solches allerdings bei Erbauung einer wirklichen Mühle der Fall sein würde) — auch die desfallsigen Bedürfnisse anderer Zwangsgäste zu befriedigen, mithin in das Recht des ausschließlichen Gewerbebetriebes der Appellatin einzugreifen, bereit sei.

Auf weitere Appellation der Klägerin stellte das Oberappellationsgericht unterm 6. Februar 1860 das Erkenntniß der ersten Instanz unter Verurtheilung des Beklagten in die Kosten aller Instanzen aus folgenden Gründen her:

— — — — — — — — — — — — —

2. In Bezug auf die Frage, ob der Mühlenzwang sich auf das Recht beschränkt, den Zwangspflichtigen die Benutzung fremder außerhalb des Bannbezirkes belegener Mühlen zu untersagen, und den Zwangspflichtigen freisteht, ihren Bedarf an Mühlenfabrikaten auf eigenen dazu geeigneten Maschinen selbst herzustellen, kann zunächst die in dieser Beziehung den Zunftprivilegien gegenüber geltende allgemeine Regel, wonach Jedem die eigene Anfertigung seines Bedarfs freisteht, auf Bannrechte nicht analog angewendet werden, weil eines Theils das Bannrecht, wodurch die Zwangspflichtigen an bestimmte Berechtigte gewiesen sind, ein stärkeres Recht ist, und anderen Theils auch die Bannrechte sich von den Zunftprivilegien nach Ursprung und Inhalt wesentlich unterscheiden. — Bei den Bannrechten kommen theils polizeiliche Gründe in Betracht, welche die eigene Ausführung der dem Bannberechtigten zugewiesenen Verrichtungen als unzulässig erscheinen lassen, theils der Umstand, daß, wie z. B. bei Mühlen, der Berechtigte eine bedeutendere Kapitalauslage zu machen genöthigt ist, und daß derselbe daher auch einen größeren Anspruch auf eine gesicherte Benutzung seiner Dienste hat. — Wenn daher auch die in ratio 2 der sententia a qua angeführten Schriftsteller, hauptsächlich mit Bezug auf die desfallsige Bestimmung des Allgemeinen Preußischen Landrechts als Regel annehmen, daß das Bannrecht die Befugniß, dem Zwangspflichtigen die eigene Bereitung zu untersagen, nicht involvire; so kann Dies doch für das Mecklenburgische Recht nicht unbedingt anerkannt werden, indem die in demselben vorkommenden Zwangsrechte zum Theil wenigstens weiter gehen. So ist zunächst zu Gunsten des den Städten zustehenden Bierzwanges die eigene Bereitung des Biers zum eigenen Bedarf nach den §§. 232, 240—243 des Landesgrundgesetzlichen Erb-Vergleiches mehrfach beschränkt. Ebenso schließen der Frohnerei- und der Schornsteinfegerzwang mit den im §. 345 jenes Erb-Vergleichs statuirten Ausnahmen das Recht der Zwangspflichtigen zur eigenen Abdeckung ihres Viehes, beziehungsweise zur eigenen Reinigung ihrer Schornsteine aus, und ist auch der keinen bestimmten Bannbezirken zugewiesenen Ritterschaft nur die

Auswahl unter den verschiedenen Bannberechtigten gestattet, und ähnliche Beschränkungen gelten auch beim Musikzwange.

3. — Was insbesondere den Mühlenzwang betrifft, so kommt dabei noch namentlich in Betracht, daß Mehl und sonstige Mühlenfabrikate von den Zwangspflichtigen ohne die entsprechenden Maschinen überall nicht hergestellt werden können, daß dazu vielmehr eine Vorrichtung erforderlich ist, bei der freilich die bei größeren Mühlen gewöhnlich benutzte Triebkraft durch eine andere ersetzt werden kann, die aber im Uebrigen immer die Beschaffenheit einer Mühle hat, und daher als solche anzusehen ist. — Es handelt sich demnach bei der obigen Frage in ihrer Anwendung auf den Mühlenzwang nicht bloß darum, ob der Zwangspflichtige berechtigt ist, sich seinen Bedarf an Mehl und Schrot selbst zu bereiten, vielmehr fällt jene Frage mit der anderen zusammen, ob er berechtigt ist zu diesem Zwecke innerhalb des Bannbezirks eine Mühle herzustellen, welche dann factisch auch anderweitig benutzt werden kann, oder ob nicht das Bannrecht des Müllers schon die Befugniß involvirt, die Anlegung und Benutzung jeder anderen Mühle innerhalb des Bannbezirks zu untersagen. — Daß ein solches Verbietungsrecht rücksichtlich der Anlegung einer zum gewerbsmäßigen Betriebe des Müllergewerbes bestimmten Mühle besteht, wird in der sententia a qua mit Recht anerkannt, und kann auch nach Art. 32 der Reversalen von 1621 nicht bezweifelt werden. — Es kommt jedoch noch hinzu, daß das Recht, Mühlen anzulegen, auch da, wo kein Bannrecht einer bestimmten Mühle in Frage steht, nach gemeinem Rechte keinesweges als ein Ausfluß der natürlichen Freiheit Jedem zusteht, sondern vielfach entweder durch Regalität der Mühlen beschränkt, oder doch an eine polizeiliche Concession gebunden ist, und daß insbesondere dies Recht in Mecklenburg durch Art. 32 der Reversalen von 1621 nur der Ritterschaft und den Obrigkeiten der Städte zugestanden ist, daß also dem Beklagten auch abgesehen von dem klägerischen Bannrechte die Befugniß, eine Mühle anzulegen nicht zustehen würde. — Handelt es sich nun bei den betreffenden gesetzlichen Bestimmungen zunächst auch nur um größere zum gewerbs-

mäßigen Betriebe bestimmte und geeignete Mühlen, so müssen dieselben doch, da die fraglichen Beschränkungen gerade im Interesse der bereits vorhandenen Mühlen, und um deren Bestehen zu sichern, eingeführt sind, rücksichtlich derjenigen Personen, denen das Recht Mühlen anzulegen überhaupt nicht zugestanden ist, auch auf die zur Bereitung des eigenen Bedarfs bestimmten Mühlen bezogen werden. Denn wenn Jedem Einzelnen, und namentlich jedem Zwangsgaste die Anlegung einer für seinen Bedarf bestimmten Mühle gestattet wäre, so würde die Existenz der Bannmühle, welche durch das ihr beigelegte Zwangsrecht gesichert werden soll, durch jene Gestattung um so mehr gefährdet werden, als dann auch mehreren einzelnen Zwangsgästen nicht füglich gewehrt werden könnte, sich mit einander zur Anschaffung einer gemeinschaftlichen Mühle Zwecks Bereitung des Bedarfs der einzelnen Miteigenthümer zu verbinden, so wie Anderen die unentgeltliche Benutzung der fraglichen Mühle zu gestatten, und jedenfalls schon eine Controle über den erlaubten Gebrauch der fraglichen Mühle denselben Schwierigkeiten unterliegen würde, um deren willen dem Besitzer der Bannmühle ein Verbietungsrecht gegen die Anlage einer größeren zum gewerbsmäßigen Betriebe bestimmten Mühle innerhalb des Bannbezirks unbestritten zusteht. — Zur Bestätigung dieses Resultats dient auch die Bestimmung in Anlage VII. des Landesgrundgesetzlichen Erb-Vergleichs ad Cap. VI. §. 18, wonach Handmühlen ohne obrigkeitliche Erlaubniß nicht geduldet werden sollen, und woraus sich, wenn jene Bestimmung auch zunächst ihren Grund in der städtischen Mahlsteuer hat, doch immer ergiebt, daß denjenigen Personen, welche nicht berechtigt sind, eine Mühle anzulegen, auch das Recht eine Handmühle zur Bereitung des eigenen Bedarfs zu halten nicht zugestanden ist.

4. — Daß das Zwangrecht der Klägerin sich nicht auf die Bereitung des eigentlichen Mehls beschränkt, sondern sich auch auf die Herstellung der sonstigen Mühlenfabrikate, namentlich des Schrotes, erstreckt, ist in der sententia a qua mit Recht angenommen, und liegt daher auch in der Anschaffung und Benutzung einer Schrotmühle von Seiten des Beklagten, selbst

wenn sie zur Bereitung von Mehl nicht geeignet sein sollte, eine Verletzung des Rechts der Klägerin. — Ob dagegen in der Anschaffung und Benutzung einer bloßen Quetschmaschine zur Bereitung des Futterkorns eine gleiche Verletzung zu finden sein würde, kann hier auf sich beruhen bleiben, da die Klägerin mit Bestimmtheit behauptet, daß die fragliche Maschine die Einrichtung einer Mühle habe, und Beklagter Dies nicht nur nicht leugnet, sondern auch die fragliche Maschine selbst als Schrotmühle bezeichnet.

---

(Ma. 649/1859.) Unter Festhaltung der in der vorstehenden Entscheidung ausgesprochenen Principien bestätigte das Oberappellationsgericht in einem anderen Falle, in welchem nur die Gutsleute, nicht aber die Gutsherrschaft selbst dem Mahlzwangsrechte eines Erbpachtmüllers unterworfen waren, das Erkenntniß der Justiz-Canzlei zu Schwerin vom 24. Februar 1859, durch welches die betreffende Gutsherrschaft verurtheilt worden war, binnen Ordnungsfrist und bei 50 Thlrn. Strafe das auf ihrem Gute (innerhalb des Bannbezirkes) errichtete Mahlwerk fortzunehmen, obwohl der klagende Müller nicht zu behaupten vermocht hatte, daß die Gutsherrschaft das fragliche Mahlwerk auch von seinen — des Klägers — Zwangsgästen habe benutzen lassen.

Die Gründe dieser bestätigenden Entscheidung lauten also:

— — — — — — — — — — — —

3. — Jedes Bannrecht erzeugt allerdings seiner Natur nach zunächst nur zwischen dem Inhaber desselben und den zwangspflichtigen Personen ein Rechtsverhältniß, und es werden dritte Personen, welche zwar innerhalb des Bannbezirks wohnen, dem Bannrechte aber nicht unterworfen sind, dadurch an und für sich nicht berührt. Sie dürfen sich daher ihren Bedarf an Mehl und Schrot verschaffen, woher sie wollen, und würden auch durch eigene Bereitung desselben das Bannrecht an und für sich nicht verletzen, weil sie diesem nicht unterworfen sind. — Dabei kommt jedoch in Betracht, daß zur Bereitung von Mehl und sonstigen Mühlenfabrikaten eine Maschine erforderlich ist, bei

der zwar die bei größeren Mühlen gewöhnlich benutzte Triebkraft durch eine andere ersetzt werden kann, die aber im Uebrigen immer die Beschaffenheit einer Mühle hat, daher auch als eine solche anzusehen ist; und es handelt sich in Folge dessen bei dem vorliegenden Streite nicht sowohl um die Frage, ob die beklagte Gutsherrschaft berechtigt ist, sich ihren Bedarf an Mehl und Schrot selbst zu bereiten, als vielmehr darum, ob sie die Befugniß hat innerhalb des klägerischen Bannbezirks eine hiezu geeignete Mühlenvorrichtung anzulegen.

4. — Die Existenz einer solchen Vorrichtung innerhalb des Bannbezirks würde nun freilich, so lange sie von dem dem Mühlenzwange nicht unterworfenen Eigenthümer lediglich zur Bereitung des eigenen Bedarfs benutzt wird, das Recht des Bannberechtigten ebenfalls nicht direct verletzen. Wegen der factischen Möglichkeit ihrer Benutzung durch die zwangspflichtigen Personen wird jedoch dadurch das Recht und Interesse des Mühlenbesitzers gefährdet; und die Gründe, auf denen der Mühlenbann beruht — dem Erbauer einer Mühle, der auf dieselbe ein verhältnißmäßig bedeutendes Kapital verwendet, eine entsprechende Benutzung der Mühle zu sichern —, haben daher auch zu einer Erweiterung des ursprünglich im Wesen des Mühlenbanns liegenden Rechts dahin geführt, daß der Berechtigte die Erbauung einer zweiten Mühle innerhalb des Bannbezirks nicht zu dulden braucht.

5. — Diese Erweiterung ist im einheimischen Rechte durch den Art. 32 der Reversalen von 1621 anerkannt, indem der der Ritter- und Landschaft darin zugestandenen Freiheit zur Anlegung von Mühlen die entsprechende Beschränkung hinzugefügt ist. Es unterliegt in Bezug auf die Interpretation dieses Artikels allerdings keinem Zweifel, daß der hauptsächliche Zweck desselben nur dahin ging, den Ständen in Betreff der Nichtexistenz eines Mühlenregals eine Zusicherung zu ertheilen, und daß dabei zunächst nur an Wind- und Wassermühlen, also an größere Mühlen, gedacht ist. Durch die hinzugefügte Beschränkung ist aber auch zugleich das erwähnte Recht der Besitzer von Bannmühlen anerkannt, und es muß wegen des Grundes,

worauf dieses Recht beruht, die reversalmäßige Beschränkung auf alle Arten von Getreidemühlen bezogen werden, weil die Gefahr einer Benutzung derselben von Seiten der Zwangsgäste bei kleineren zunächst für den eigenen Bedarf des Eigenthümers bestimmten Mühlen zwar eine quantitativ geringere sein mag, aber doch immer nicht ganz ausgeschlossen ist.

6. — Es ist demnach in der sententia a qua mit Recht angenommen, daß die beklagte Gutsherrschaft nicht berechtigt ist, zur Bereitung ihres Bedarfs an Schrot zum Futter des Viehes ein Mahlwerk zu halten. In ihrer Vernehmlassung hat dieselbe freilich bestritten, daß die von ihr angeschaffte Maschine eine Mühle sei, und solche als eine bloße Quetschmaschine bezeichnet, auf welche das Verbietungsrecht des Bannmüllers nicht ohne Weiteres anzuwenden sein würde. — Sie hat jedoch den speciellen Behauptungen des Klägers in der Replik, daß die fragliche Maschine mit Steinen versehen sei und durch Zerreibungen zwischen diesen das Korn zerkleinere, daher auch als eine Mühle angesehen werden müsse, nicht widersprochen, ebenso auch in jetziger Instanz gegen die Annahme der sententia a qua, daß hienach die fragliche Maschine für eine Mühle zu achten sei, Nichts eingewendet, und muß daher in dieser Beziehung als geständig angenommen werden.

---

## 51.

### Ueber das Recht der Erbjungfrauen zur Fällung von Bau= und Mastholz. Su. 1289/1859.

Als der Eigenthümer des Gutes L. gegen die Erbjungfrau, in deren Nießbrauch sich dies Gut befand, wegen einer nach seiner Behauptung unerlaubten Fällung von Eichen geklagt hatte, gestand die Beklagte zu, daß sie 10 Stück habe fällen und zu Fadenholz schlagen lassen, behauptete aber die Berechtigung dazu gehabt zu haben, da die fraglichen Eichen vollständig hohl und nicht mehr zu Bau= und Nutzholz zu verwenden gewesen wären;

auch habe ihre Fällung den Grundsätzen der Forstwirthschaft entsprochen, weil der abgängige Baum immer schlechter werde und verfaule. Der Kläger bestritt die Relevanz dieser thatsächlichen Behauptungen, weil die Erbjungfrau hartes Holz überhaupt nur zu des Lehnes scheinbarem Nutz und Frommen fällen dürfe.

Das in erster Instanz von der Justiz-Canzlei zu Güstrow unterm 7. Mai 1859 gesprochene Erkenntniß ließ der Beklagten den Beweis frei, daß die fraglichen Eichen hohl und deshalb zu Bauholz nicht mehr brauchbar gewesen seien.

Auf Appellation des Klägers hob das Oberappellationsgericht durch Erkenntniß vom 26. November 1860 diesen Beweis auf und verurtheilte die Beklagte, dem Kläger den durch die Fällung jener zehn Eichen entstandenen erweislichen Nachtheil, dessen Liquidation vorbehältlich, zu erstatten. Die Gründe sind folgende:

1. — — — — Bei der Interpretation des bezüglichen Theils des Art. 27 der Reversalen vom 23. Februar 1621 ist es von Interesse, daß die vorherigen Lehnrechts-Entwürfe von Husanus cap. XVII. und von Cothmann Tit. 7 art. 16

(vergl. über diese und die späteren Projecte Roth, Mecklenburgisches Lehnrecht, §. 3.)

den Erbtöchtern, was deren Holzungsrecht betrifft, nur die Befugniß einräumen, die weiche Holzung nach Maß und Gewohnheit eines guten Häuswirths zu hauen, und, was sie zu ihrer eigenen Feuerung nicht bedürfen, zu verkaufen. Demnächst erfolgte auf Antrag der Ritterschaft — welche wünschte, daß den Erbjungfrauen die Verwüstung der harten Hölzungen, wie auch der nutzbaren Bäume, außerhalb was zu ihrer und der Ihrigen Noth und der Lehne Besten vonnöthen, untersagt werde —

Spalding's Landes-Verhandlungen, Bd. 1, Seite 366, 378, 390, 402, 413, 568 —

die in den erwähnten Artikel 27 übergegangene fürstliche Resolution, welche bestimmte, daß die Erbjungfern nicht bemächtigt sein sollen, das harte Bauholz weiter denn zu des Lehnes scheinbarem Nutz und Frommen zu verhauen. Der Entwurf von

Mevius stellte Thl. II. §. 10 diese Bestimmung mit dem Vorschlage der früheren Entwürfe so zusammen:

„Die weichen Holzungen können die Erbjungfrauen in Zeit ihres Einhabens in und nach dem Hauen in Kaveln, darin sie gelegen und die Fällung üblich, zu des Hauses und Hofes Nothdurft gebrauchen, und was über dieselbe mehr sein wird, zu ihrem Nutzen verkaufen, das harte Mast- und Bauholz aber sein sie weiter, als es zu des Lehnes scheinbarem Nutzen und Frommen verwandt wird, zu verhauen nicht bemächtiget".

Die Gegensätze bilden hier, wie in dem erwähnten Antrage der Ritterschaft, die Holzarten, nicht die Beschaffenheit der einzelnen Bäume, und es ist klar, daß schon Mevius die Bestimmung der Reversalen auf die Gattung „hartes Bau- und Mastholz" bezogen hat. Ebenso erklären die Stelle

Müller, de origine nobil. Meckl. cap. II. §. 17.
Trendelenburg, de arboribus in feudo §. 5 nr. 8 seq.
Balcke, Mecklenb. Erb-Jungfrauen-Recht, cap. II. §. 6 Seite 43.
von Kamptz, Mecklenb. Civilrecht, Thl. 2. §§. 56 und 89b Seite 127 und 278
Roth, Mecklenb. Lehnrecht §. 78 nr. 6 Seite 236.

Daß Eichen zu diesem genus gehören, ist zweifellos. Die Reversalen verbieten den Erbtöchtern daher die Fällung von Eichen außer dem Falle der Verwendung zum Besten des Gutes schlechthin, also auch dann, wenn nach forstwissenschaftlichen Grundsätzen die Fällung gerechtfertigt sein würde. Damit ist die Befugniß hohle oder abgängige Eichen bloß dieser ihrer Beschaffenheit wegen zu hauen völlig ausgeschlossen, und stellt sich die Anführung der Beklagten, daß die von ihr gefällten zehn hohlen Eichen zu Brennholz verschlagen und dieses den Gutseinwohnern als Feuerungs-Material geliefert worden, als unerheblich heraus. Eine Verwendung zum Nutzen des Gutes ist Dies nicht, und der entstandene Nachtheil wird dadurch für den Agnaten nicht ausgeglichen, daß die Beklagte für die Gutseinwohner weniger weiches Holz gebraucht hat, weil sie in der Benutzung der weichen Hölzung nicht auf ihre Bedürfnisse beschränkt ist, sondern soviel verkaufen kann, als nach hauswirthlichen Rücksichten statthaft ist.

Demnach war der Beklagten der in dem angefochtenen Urtheile bestimmte Beweis .... nicht freizulassen, dieselbe vielmehr zur Erstattung des Nachtheils, welcher dem Kläger durch die Fällung von zehn, nicht für das Gut verwandten Eichen erwachsen ist, zu verurtheilen. Das Nähere und namentlich auch die bestrittene Beschaffenheit dieser Eichen muß der demnächstigen Liquidations-Instanz vorbehalten bleiben.

Das von der Beklagten gegen das vorstehende Erkenntniß ergriffene Rechtsmittel der Restitution wurde mittels Bescheides vom 7. März 1861 zurückgewiesen.

---

## C. Obligationenrecht.

### 52.

### Ueber die rechtliche Bedeutung der Zahlung als Tilgung einer Schuld oder als Preises für eine vom Zahlenden zu begehrende Cession der Forderung.

I. Aa. 169/1858.

Das Erkenntniß des Oberappellationsgerichts vom 25. August 1859 enthält in den Gründen folgende Sätze:

1. — Es unterliegt keinem Zweifel, daß der Schuldner und der Gläubiger bei der Hingabe und respective dem Empfange des Schuldbetrags mit rechtlichem Erfolge vereinbaren können, daß die Forderung von dem Letzteren an eine dritte Person cedirt werden soll, indem dann keine Zahlung zum Zweck der Tilgung der Schuld vorliegt, sondern das hingegebene Geld als Preis für die ausbedungene Cession aufgefaßt werden muß.

vergl. L. 76 de solution. (46, 3) und
L. 36 de fidejussor. (46, 1). —

Rechtlich gleichgültig ist es, ob der Schuldner sofort die Person benennt, an welche er die Forderung cedirt haben will, oder ob er sich die Bezeichnung derselben für eine spätere Zeit vorbehält; auch kommt Nichts darauf an, ob die später vom Schuldner bezeichnete Person das Geld zur Befriedigung des ursprünglichen Gläubigers hergegeben, oder ob sie zur Zeit der an diesen geschehenen Zahlung überall noch nicht in einer vermögensrechtlichen Beziehung zu dem Schuldner gestanden hat. Denn für die Frage über die Fortdauer der Schuld ist allein der Zweck der Hingabe des Geldes entscheidend, und kann die Vollziehung der bei der Letzteren ausbedungenen Cession sehr wohl auf eine spätere Zeit verschoben werden, wenn durch eine genügende Willenserklärung die Bedeutung des gezahlten Geldes als Preises

für die von dem Gläubiger übernommene Cessionsverbindlichkeit sicher gestellt ist.

2. — (Der Schuldner) hat in ausreichender Weise den Willen zu erkennen gegeben, daß er nicht seine stadtbuchschriftliche Obligation tilgen, sondern das Recht der Cession auf eine demnächst zu benennende Person verlangen wolle, wenn er dem — das Geld in Empfang nehmenden — (Gläubiger) gegenüber die Quittirung der Stadtbuchschrift in Verbindung mit der Erklärung verbeten hat, daß er genöthigt sei das Geld auf den Hypothekenschein anderweitig wieder aufzunehmen. — —. (Auch) liegt in der Annahme des mit solchem Vorbehalte gezahlten Geldes die Zustimmung des Empfängers zu dem Vorbehalte.

---

II. (Ki. 118/1860 Strel.) Aus dem Erkenntnisse des Oberappellationsgerichts vom 25. November 1861:

— — — Da eine Blancocession die Erklärung des Willens enthält, daß die Forderung demjenigen übertragen sein soll, dessen Name demnächst von dem berechtigten Inhaber werde eingetragen werden, so stellt sich diese Form der Cession als ein den Cessionar zur Zeit noch unbestimmt lassender unfertiger Rechtsact dar, und muß consequent das Rechtsverhältniß, welches entsteht, wenn eine Forderung durch Blancocession auf den Schuldner selbst übertragen wird, in Bezug auf die Verhinderung des Unterganges der Obligation durch Confusion gerade so beurtheilt werden, wie wenn bei der Zahlung des Schuldbetrages zwischen dem Gläubiger und Schuldner vereinbart worden ist, daß Ersterer sein Recht an Denjenigen cediren solle, welchen der Letztere später namhaft machen werde.

---

## 53.

**Dem Bürgen ist ohne Rücksicht auf einen bei der Zahlung wegen der** cessio actionis **gemachten Vorbehalt die Klage gegen den Hauptschuldner zu gewähren.** Mi. 524/1852.

Aus dem Bescheide des Oberappellationsgerichts vom 4. April 1853:

Nach dem in der l. 36 de fidejussorib. (46, 1) anerkannten Principe des späteren römischen Rechts ist dem Bürgen auch dann, wenn er ohne allen Vorbehalt zahlt, eine Klage gegen den Hauptschuldner zu gewähren, indem es auch beim Mangel einer ausdrücklichen Erklärung als sein Wille angenommen werden muß, daß er nur unter Festhaltung des ihm gesetzlich zustehenden Rechtes auf Klagencession Zahlung leisten will.

---

## 54.

**Ueber die Anwendlichkeit der** Authentica si qua mulier **in dem Falle, wenn zwei Ehegatten gemeinschaftlich einen Darlehnsvertrag abschließen und eine gemeinschaftliche Urkunde darüber ausstellen.** Ue. 31/1859.

Aus den Gründen des vom Oberappellationsgerichte unterm 4. Februar 1861 erlassenen Erkenntnisses:

1. — Ob dann, wenn zwei Ehegatten gemeinschaftlich einen Darlehnsvertrag schließen und eine gemeinschaftliche Urkunde darüber ausstellen, die Vorschrift der Authentica si qua mulier zur Anwendung kommt, ist bis in die neueste Zeit bestritten geblieben. Während nämlich die von Spangenberg in der Gießer Zeitschrift für Civilrecht und Proceß Bd. 2, S. 47 ff., vertheidigte bejahende Ansicht insbesondere von Puchta Pandecten §. 410, und Arndts Lehrbuch der Pandecten §. 363 gebilligt, so wie auch nach Ausweis der in Seuffert's Archiv

Bd. 7 nr. 180 und Bd. 12 nr. 272 abgedruckten Entscheidungen neuerdings noch in der Praxis zur Geltung gebracht worden ist, haben sich Sintenis in Sell's Jahrbüchern des Römischen Rechts Bd. 2, S. 381 und in seinem Civilrechte Bd. 2, §. 129, Anmerk. 101, Hofmann in der citirten Gießer Zeitschrift Bd. 14, S. 266 ff., Busch, im Archiv für die civilistische Praxis Bd. 31, S. 25 ff., Vangerow, Lehrbuch der Pandecten (6. Auflage) Bd. 3, S. 179 ff., besonders 182, und Girtanner die Bürgschaft S. 358 Anmerk. 32 für das Gegentheil erklärt. Prüft man beide Ansichten vom Standpunkte des reinen Römischen Rechts, welches beim Mangel einer bindenden Usualinterpretation allein entscheiden kann, so erscheint die Verneinung der aufgeworfenen Frage als durch überwiegende Gründe gerechtfertigt. An sich liegt keine Intercession darin, wenn eine Frau gemeinschaftlich mit einem Anderen eine Schuld contrahirt, sondern es stellt sich das Geschäft pro rata als das eigene derselben dar, wie sie auch nur pro rata verpflichtet wird. Consequent erklärt daher die l. 17 §. 2 D. ad SConsult. Vellejanum (16, 1) die exceptio SConsult. Vellejani nur dann und zwar nur pro rata für begründet, wenn die Frau, welche zum Zwecke eines gemeinschaftlichen Kaufes mit einem Anderen zusammen ein Darlehn aufnimmt, sich solidarisch verpflichtet. Es würde nun eine sehr wohl mögliche und keinesweges der legislatorischen Motive entbehrende Aenderung des Rechtes gewesen sein, wenn Justinian die Präsumtion aufgestellt hätte, daß jedes von einer Ehefrau gemeinschaftlich mit ihrem Ehemanne aufgenommene Darlehen bis zum Beweise des Gegentheils als eine Intercession angesehen werden und rechtlich für nichtig gelten solle. Allein in der Nov. 134 cap. 8 findet sich überall keine ausdrückliche Sanction einer derartigen Präsumtion, und würde es bei der ganzen Eigenthümlichkeit der Justinianeischen Gesetzgebung im höchsten Grade auffallend sein, wenn der Kaiser eine so weit greifende Aenderung nur beiläufig und ohne jede Hinweisung auf die Absicht dieser Neuerung eingeführt haben sollte. In der That bietet die Wortfassung aber auch keinen genügenden

Grund zu einer solchen Deutung des Gesetzes. Nach dem griechischen Texte bezieht sich die Nov. 134 cap. 8 auf den Fall:

*εἴ τις γυνὴ ἐν δανειακῷ γραμματείῳ συναινέσει τῷ οἰκείῳ ἀνδρὶ, ἢ ὑπογράψει, καὶ τὴν οἰκείαν περιουσίαν ἢ καὶ ἑαυτὴν ἔνοχον ποιήσει.*

Der hier ausgesprochene Gegensatz des *συναινεῖν* und *ὑπογράφειν* (consentire und subscribere) enthält seine einfachste Deutung unverkennbar durch den Unterschied des mündlichen oder schriftlichen Beitrittes der Ehefrau zu der von dem Ehemanne contrahirten Darlehnsschuld und ebenso wie die angeführten griechischen Worte der Novelle unmittelbar auf einen solchen Beitritt der Ehefrau zu der Schuld ihres Ehemannes hinweisen, wird die Auffassung des Gesetzes in diesem Sinne auch durch die von Vangerow a. a. O. S. 180 und 182 angeführten Auslegungen und Paraphrasen der Byzantinischen Juristen unterstützt. Wenn die Vulgata das *ὑπογράψει* mit scribat übersetzt, so wird zwar der hervorgehobene Gegensatz abgeschwächt, aber keinesweges ein Ausdruck gewählt, welcher zu der Deutung zwänge, daß der Kaiser eine schriftliche Erklärung der Ehefrau vor Augen habe, durch welche dieselbe sich gleich dem Ehemanne als Selbstschuldnerin hinstellte. Sachlich erklärt sich die ausdrückliche Erwähnung der mündlichen und schriftlichen Intercession in den zur Frage stehenden Worten der Nov. 134 cap. 8 durch die Beziehung des Gesetzes auf die Vorschriften der ll. 22 und 23 C. ad SConsult. Vellejanum (4, 29). In der l. 22 C. cit. hatte der Kaiser bestimmt, daß die exceptio SConsulti Vellejani wegfallen sollte, wenn die intercedirende Frau nach Ablauf von zwei Jahren die Intercession für dieselbe Schuld wiederhole. Die l. 23 C. cit. hatte die Intercession einer Frau, welche nicht in einer öffentlich ausgefertigten und von drei Zeugen unterschriebenen Urkunde vorgenommen worden, für nichtig erklärt, und nur eine Ausnahme von dieser strengen Sanction unter gleichzeitiger Ausschließung der exceptio SConsulti Vellejani für den Fall statuirt, daß die Frau für die Intercession vor- oder nachher Etwas erhalten haben sollte. Justinian wollte

nun die durch die erwähnten beiden Gesetze gegebene Möglichkeit einer rechtsgültigen und respective nicht der Nichtigkeit unterliegenden Intercession der Ehefrauen in Bezug auf ihr Verhältniß zu den Ehemännern abschneiden. Die Wiederholung der Intercession, der Empfang von Geld oder Geldeswerth für die Intercession, und selbst das Bekenntniß solchen Empfanges im Intercessionsinstrumente sollte dem Gläubiger hier Nichts nützen, wenn er nicht die Verwendung des aufgenommenen Darlehns im Interesse der Frau darzuthun vermöchte. Vergegenwärtigt man sich diesen Zweck des Gesetzes, so wird es klar, daß für den Kaiser die Erwähnung der mündlichen Intercession neben der schriftlichen ungeachtet der l. 23 §. 2 C. cit. Bedeutung hatte, wenn er alle bezielten Fälle mit den gewählten Ausdrücken umfassen wollte.

---

## 55.

## Ueber die Haftung wegen Minderwerthes beim Verkaufe eines Lehngutes, auf welchem die Last ruht in allen Veränderungsfällen einen erneuerten Lehnbrief zu nehmen. — Wirkung eines die Haftung für außergewöhnliche Lasten ablehnenden Nebenvertrages.

De. 238/1851.

Als der Rentier H. zu H. den Gutsbesitzer v. D. auf G. wegen mehrerer Summen bei der Justiz-Canzlei zu Schwerin belangt hatte, erhob der Letztere gegen den Ersteren eine Widerklage folgenden Inhaltes: Das ihm von dem Widerbeklagten für 160,000 Thlr. N⅔ verkaufte Lehngut G. gehöre, obwohl es in dem zweiten (nicht officiellen) Theile des Staatskalenders nicht als solches bezeichnet sei, zu denjenigen Mecklenburgischen Lehngütern, auf welchen anomaler Weise die Verpflichtung hafte in allen Veränderungsfällen, (sowohl in der Person des Lehnsherrn als auch des Vasallen) nicht bloß die Lehnspflicht zu erneuern (durch Muthung und Einlösung eines bloßen Muth- oder

Lehnscheines, dessen Gebühr 5 Thlr. 16 ßl. N⅔ oder 6 Thlr. 10 ßl. 8 Pf. Cour. betrage), sondern einen erneuerten Lehnbrief zu nehmen (welcher mit ¼ pro Cent des Kaufwerthes bezahlt werden müsse). Diese anomale Eigenschaft des Lehngutes G. sei ihm von dem Widerbeklagten bei dem Gutshandel verschwiegen worden, obwohl sich der Werth des Gutes dadurch beträchtlich vermindere. Das Gesuch des Widerklägers geht dahin, daß der Widerbeklagte verurtheilt werde, ihm 920 Thlr. 42 ßl. 8 Pf. als den (nach einer hier nicht weiter interessirenden Berechnung ermittelten) Minderwerth des Gutes mit Proceßzinsen zu 5 p. C. a die insinuatae reconventionis binnen Ordnungsfrist sub poena executionis zu bezahlen. Der Widerbeklagte gestand die der Klage zu Grunde gelegten Thatsachen zu, bestritt aber seine Verbindlichkeit zur Erstattung des geforderten Minderwerthes, indem er sich insonderheit darauf berief, daß er das Gut nach einer ausdrücklichen Clausel des Contractes verkauft habe, „mit allen auf demselben ruhenden weltlichen und geistlichen Lasten und Verbindlichkeiten, es mögen selbige bekannt oder unbekannt, erwähnt oder nicht erwähnt, gewöhnlich oder außergewöhnlich sein". Der Beklagte und Widerkläger bekämpfte dagegen in der Duplik seinerseits die Relevanz der angeführten Contractsclausel und machte zu seinen Gunsten namentlich den Umstand geltend, daß der Widerbeklagte seine Bekanntschaft mit der fraglichen Last nicht in Abrede gestellt habe und daß er dieselbe aus seinem eigenen Lehnbriefe habe kennen müssen.

Die Justiz-Canzlei zu Schwerin wies die erwähnte Widerklage mittels Urtheils vom 22. November 1851 ab und das Oberappellationsgericht bestätigte diese Entscheidung durch Erkenntniß vom 1. November 1852 aus folgenden Gründen:

1. Da die mit dem Lehngute Gr. verknüpfte Verbindlichkeit den Lehnbrief bei jedem Veräußerungsfalle zu erneuern, mit den auf einem Grundstücke ruhenden Abgaben offensichtlich größere Verwandtschaft hat als mit den Realservituten, so kann es keinem Bedenken unterliegen, daß der von dem Beklagten und Widerkläger wegen jener Verbindlichkeit erhobene Regreßanspruch nach der Analogie derjenigen Principien zu beurtheilen ist, welche in

Bezug auf die Haftung des Verkäufers für die auf dem verkauften Grundstücke haftenden Abgaben maßgebend sind. Der Verkäufer wird aber wegen solcher Abgaben im Römischen Rechte nur dann für verhaftet erklärt, wenn er von denselben Kenntniß gehabt hat.

l. 21 §. 1 D. de act. emti (19, 1) l. 41 eod.,
l. 9 C. de actionib. emti (4, 49).

2. — Dem gemäß gehört zur Fundirung der in Frage stehenden Regreßklage die Behauptung, daß der Kläger und Widerbeklagte die auf dem Gute G. ruhende Verbindlichkeit zur Erneuerung des Lehnbriefes gekannt habe. In dieser Beziehung erklärt Beklagter und Widerkläger in den Exceptionalen, daß die fragliche anomale Eigenschaft des Gutes ihm von seinem Verkäufer bei dem Gutshandel verschwiegen worden sei und fügt in der Duplik hinzu, daß der Kläger seine Bekanntschaft mit der Last keinesweges in Abrede gestellt habe, und daß er dieselbe aus seinem eigenen Lehnbriefe habe kennen müssen. Wenn die angeführte Behauptung der Exceptionalen zwar nicht ausreichend sein würde, so erscheint dieselbe doch durch die Zusätze der Duplik als zur Genüge ergänzt.

3. — Kläger und Widerbeklagter hat sich zur Entkräftung des in Frage stehenden Anspruches des Gegners auf den §. 1 des Verkaufcontracts berufen, nach welchem er das Gut G. verkauft habe „mit allen auf demselben ruhenden weltlichen und geistlichen Lasten und Verbindlichkeiten, es mögen selbige bekannt oder unbekannt, erwähnt oder nicht erwähnt, gewöhnlich oder außergewöhnlich sein." Wenn zwar in dem Contracte nicht ausdrücklich hinzugefügt ist, daß Verkäufer in Bezug auf alle bezeichneten Lasten und Verbindlichkeiten von jeder Gewähr frei sein wolle, so läßt doch die angeführte Vertragsclausel nur den Sinn zu, daß alle jene Lasten und Verbindlichkeiten als vom Käufer beim Abschluß des Geschäfts vertragsmäßig übernommen angesehen werden sollen; damit ist aber indirect Dasselbe bedungen worden, was in einem pactum de non praestanda evictione liegen würde. Wie diese Interpretation sich mit Nothwendigkeit aus dem Inhalte der fraglichen Clausel ergiebt, ist

dieselbe auch vom Beklagten und Widerkläger nirgends bestritten worden. Derselbe hat sich vielmehr darauf beschränkt geltend zu machen, daß der Vertrag, daß der Gegner für ungewöhnliche und unbekannte Lasten nicht haften solle, denselben keineswegs von der Pflicht zur Angabe der ihm bekannten Lasten befreien könne, und daß der Vertrag über die Nichtpräſtation der dem Verkäufer bekannt gewesenen ungewöhnlichen Lasten wirkungslos bleibe.

4. — Die so eben angeführten Aufstellungen des Beklagten stimmen allerdings mit der, in der l. 39 D. de act. emt. (19, 1) referirten Ansicht der älteren Römischen Juristen überein, nach welcher der Verkäufer durch den allgemeinen Vertrag „servitutes, si quae debentur, debebuntur," nicht von der Verbindlichkeit zur Gewähr befreit wird, wenn er die Existenz von Servituten gekannt hat. Allein der Verfasser der Stelle Modestinus verwirft diese Ansicht, und substituirt derselben den Grundsatz: si quid circumveniendi emtoris causa venditor in specie, de qua quaeritur, fecit, ex emto actione conveniri posse. Weist schon die Aufnahme dieses Ausspruches des Modestinus darauf hin, daß die Compilatoren mit demselben die strengere Ansicht der älteren Juristen haben reprobiren wollen, so dienen auch die l. 1 §. 1 D. de act. emti (19, 1), so wie die l. 13 §. 6 D. eod. und die l. 69 §. 5 D. de evictionibus (21, 2) zur Bestätigung dieses Resultats. Die erste Stelle geht nämlich von der Voraussetzung aus, daß der Verkäufer die von ihm gekannte Servitut absichtlich verheimlicht, und diese seine Absicht durch die positive Versicherung bethätigt hat, daß auf der Sache keine Servituten ruhten. Indem der Jurist den Verkäufer unter diesen Umständen trotz des auf seine Entfreiung von der Gewähr gerichteten Vertrages für verpflichtet erklärt, hebt er als generelle Entscheidungsnorm den Satz hervor: „si improbato more versatus sit in celanda servitute, debere eum teneri, non si securitati suae prospectum voluit". Die l. 13 §. 6 cit. will an einem Beispiele zeigen, daß der Verkäufer für den dolus einstehen müsse, und führt zu diesem Behufe den Fall an, daß ein Verkäufer, obwohl er weiß,

daß von dem Grundstücke mehreren Municipien (jährliche) Legate geschuldet werden, nur der Verpflichtung gegen ein Municipium erwähnt, und die Uebernahme aller übrigen etwa auf dem Grundstücke haftenden Lasten vom Käufer ausdrücklich ausbedingt. Wie unter den angeführten Umständen das Schweigen des Verkäufers über die übrigen Legate nur aus einem dolus erklärt werden kann, so leitet auch die Entscheidung der Stelle die Haftung desselben ausdrücklich aus der absichtlichen Verheimlichung ab (ex emto teneri, quasi decepisset emtorem). Ebenso gründet die l. 69 §. 5 cit. die Wirkungslosigkeit des Vertrages gegen die Prästation der Gewähr in dem dort zur Frage stehenden Falle auf die Hintergehung des Käufers, und ergiebt sich aus dem ganzen Zusammenhange der Stelle, daß die betrügerische Absicht des Verkäufers den Käufer durch Verschweigung der Servitut bei Abschluß jenes Nebenvertrages zu übervortheilen vorausgesetzt wird. Nicht entgegenstehen die l. 6 §. 9 D. de act. emti (19, 1) und die l. 14 §. 9 de aedilit. edict. (21, 1). Denn es liegt unverkennbar ein dolus darin, wenn der Verkäufer, welcher wissentlich eine fremde oder einem Dritten verpfändete Sache verkauft, rücksichtlich eben dieser Verhältnisse ein pactum de non praestanda evictione schließt, wie auch darin nur ein betrügerisches Benehmen gefunden werden kann, wenn der Verkäufer trotzdem, daß ihm eine bestimmte Krankheit des verkauften Sklaven bekannt ist, gerade seine Nichthaftung wegen dieser Krankheit ausbedingt.

5. — Es steht demnach fest, daß der Vertrag gegen die Prästation der Gewähr nicht schon durch den Nachweis entkräftet werden kann, daß der Verkäufer mit einer auf dem verkauften Grundstücke ruhenden Last bekannt gewesen ist, sondern daß dazu der Nachweis des dolus erfordert wird. Wie nun aber aus der Bekanntschaft des Verkäufers mit der Last allein keinesweges mit Nothwendigkeit die Absicht der betrügerischen Verheimlichung gefolgert werden kann, so hat Beklagter und Widerkläger den dolus des Gegners weder direct behauptet, noch sonstige Thatsachen angeführt, aus welchen sich dieser dolus indirect ergeben würde. Insbesondere kann in dieser Beziehung

Nichts aus dem Umstande entnommen werden, daß das Lehngut G. in Folge eines Druckfehlers im zweiten Theile des Staatskalenders nicht als ein mit der anomalen Verbindlichkeit zur Erneuerung des Lehnbriefes belastetes bezeichnet gewesen ist. Denn vom Beklagten ist nicht einmal behauptet worden, daß der Gegner diesen Druckfehler gekannt hätte. Die Einwendungen des Beklagten und Widerklägers wider die Gültigkeit des Vertrages gegen die Haftung für irgend welche auf dem Gute G. ruhende Lasten und Verbindlichkeiten sind daher als irrelevant zu verwerfen, und erscheint in Folge dessen derselbe durch die im vorigen Erkenntnisse angebrachter Maßen erfolgte Abweisung des fraglichen Anspruches um so weniger als beschwert, da die Berufung auf den Vertrag gegen die Prästation der Gewähr sich als eine Einrede gegen jenen Anspruch darstellt, und daher die Verwerfung der dagegen (replicando) erhobenen Einwendungen consequent hätte zur definitiven Abweisung führen müssen.

---

## 56.

**Ueber die Verwirkung der einem Darlehnsvertrage unter der Bedingung prompter Zinszahlung hinzugefügten Clausel der Unkündbarkeit.**

Mo. 72/1859. Strelitz.

Der Rentier S. zu S. hatte in Bezug auf die ihm aus früheren Verträgen im Betrage von 4000 Thlrn. gegen den Brennereibesitzer M. zustehenden Capitalforderungen mit seinem Schuldner, dem Brennereibesitzer L. daselbst, am 25. October 1856 einen Zusatzvertrag abgeschlossen, nach welchem bei prompter Zinszahlung der Gläubiger von der an sich in den landesüblichen Zahlungsterminen ihm zustehenden halbjährigen Kündigungsbefugniß bis Antoni 1867 keinen Gebrauch machen, für den Fall aber, daß der Schuldner in der Zinszahlung sich säumig bezeigen würde, Fug und Macht haben sollte, die Capitalien sofort zur Auszahlung in dem nächstfolgenden Zahlungs-

termine zu kündigen. Mit Bezug auf eine im Antonitermine 1858 vorgenommene Kündigung trat nun der Gläubiger nach Johannis 1858 beim Stadtgerichte zu Strelitz mit einer Klage auf Auszahlung der 4000 Thlr. nebst Verzugszinsen zu 5 Proc. von Johannis 1858 an gegen den Schuldner hervor, indem er behauptete, daß dieser mit der Zahlung der Zinsen im Johannistermin 1857 säumig gewesen sei und dieselbe erst am 5. Juli jenes Jahres offerirt, aber wieder mit sich genommen habe, als er — Kläger — die schriftliche Anerkennung dieser Säumniß verlangt habe.

Der Beklagte bestritt, daß er durch Säumniß die Unkündbarkeit der Capitalien verwirkt habe. Die Offerte der Zinsen am 5. Juli 1857 sei noch rechtzeitig gewesen, da bei Stipulationen der in Frage stehenden Art ein modicum tempus überhaupt nicht in Betracht komme. Ueberdies aber sei der Kläger an den 7 ersten Tagen des Johannistermines 1857 von Strelitz abwesend gewesen. Am achten Terminstage habe er, Beklagter, geglaubt, daß der Kläger anwesend sei, aber, als er sich Mittags zu ihm begeben, die Thüre verschlossen gefunden und auf sein Klopfen keinen Einlaß erhalten. Unbestrittener Maßen ist der Beklagte an dem erwähnten letzten Terminstage nicht zum zweiten Male in die Wohnung des Klägers gegangen, er behauptet aber, daß ein derartiger zweiter Versuch erfolglos gewesen sein würde, weil der Kläger auch derzeit noch abwesend oder doch nicht in seiner Wohnung zu treffen gewesen sei, wogegen der Kläger alle diese vom Beklagten zu seiner Entschuldigung angeführten Thatsachen leugnet.

Das in zweiter Instanz von der Justiz-Canzlei zu Neustrelitz unterm 15. November 1859 erlassene Erkenntniß erklärte die Klage für begründet und forderte von dem Beklagten zu seiner Exculpation den Nachweis:

daß er am letzten Tage des Johannistermines 1857 in des Klägers Wohnung keinen Einlaß habe erhalten können.

Das Oberappellationsgericht verwarf die vom Beklagten gegen dieses Erkenntniß erhobenen Appellationsbeschwerden, änderte

aber auf Appellation des Klägers den Beweissatz dahin ab, daß Beklagter zu beweisen habe:

daß er am letzten Tage des Johannistermines 1857 sich, um zu zahlen, in des Klägers Wohnung begeben, aber weder bei jenem Gange, noch überhaupt später an dem erwähnten Tage Einlaß habe erhalten können.

Die Gründe des bezüglichen Erkenntnisses vom 11. Mai 1861, welche zugleich die — nicht schon im Obigen hervorgehobenen relevanten — Thatsachen enthalten, lauten also;

1. — — — — — — — — — — —

2. — Was — zunächst den Sinn und die Bedeutung der ganzen hier in Frage stehenden Vereinbarung (vom 25. October 1856) betrifft, so kann es nicht wohl zweifelhaft sein — — — daß die darin enthaltene Kündigungsclausel die Bedeutung einer der lex commissoria beim Kaufe zu vergleichenden Strafberedung hat, nach deren Inhalte die zu Gunsten des Schuldners festgesetzte Unkündbarkeit ganz von selbst verwirkt wird, sobald deren Bedingung eingetreten ist, also der Schuldner die Zinsen nicht prompt entrichtet, sondern in deren Abführung sich säumig gezeigt hat. Und da die Entrichtung der Zinsen nach dem Inhalte der betreffenden Verträge in den landesüblichen Zahlungsterminen geschehen sollte, außerdem aber nach dem hier zu Lande geltenden Rechte der Schuldner, welcher den festgesetzten Zahlungstermin nicht einhält, durch diese Säumniß ganz von selbst in mora versetzt wird, die vertragsmäßige bedungene Verbindlichkeit und die gesetzlichen Folgen ihrer Verletzung durch die getroffene Strafberedung aber noch verschärft werden sollten, so kann es, wenn man deren Bedeutung und Fassung erwägt, nicht dem mindesten Bedenken unterliegen, daß danach der Schuldner, wenn er die zu seinen Gunsten festgesetzte Unkündbarkeit beider Kapitalien nicht verwirken wollte, die Zinsen innerhalb des Termins zahlen, oder doch dem Gläubiger in gehöriger Weise offeriren mußte — argum. l. 12 C. de contrahenda et committenda stipulatione (8, 38), l. 23 D. de obligationib. et actionib. (44, 7), und wenn er an deren

rechtzeitiger Zahlung resp. Oblation durch Gründe, die in der Person des Gläubigers liegen, gehindert zu sein behauptet, Dies als Einrede vorzuschützen und der Bestreitung des Gläubigers gegenüber zu beweisen hat. Vergl. l. 9 §. 1 D. de usuris (22, 1), l. 122 §. 3 D. de verborum obligationib. (45, 1), l. 1 §. 3 D. de eo, per quem factum (2, 10).

3. — Diese aus der Fassung und dem Zusammenhange des ganzen Vertrages wie der einschlagenden Verhältnisse sich ergebende Bedeutung der in Frage stehenden Kündigungs- oder vielmehr Verwirkungsclausel ist nun auch nicht etwa, wie der Beklagte vermeint, dadurch abgeschwächt worden, daß der Gläubiger in der dem jetzt allein normirenden Zusatzvertrage vom 25. October 1856 vorausgegangenen Zeit von der gleichen, schon nach den ursprünglichen Schuldverträgen ihm zustehenden Befugniß in geeigneten Fällen keinen Gebrauch gemacht hat. Denn es liegt in der Natur und dem Wesen jener Clausel, daß es von dem freien Belieben des Gläubigers abhängt, ob er sich vorkommenden Falls des danach ihm zustehenden Rechts bedienen will, oder nicht; und da Dies der Schuldner weiß, so kann es jedenfalls dem Rechte des Gläubigers keinen Eintrag thun, wenn jener sich durch die von diesem mehrfach geübte Nachsicht hinsichtlich der Erfüllung seiner Verbindlichkeiten in eine trügerische Sicherheit einwiegen läßt.

4. — Ebenso wenig kann der Umstand, daß der Kläger in den Terminszeiten häufig und so auch, seinem eigenen Eingeständnisse nach, noch in den ersten Tagen des Johannistermins 1857 von S., als dem Zahlungsorte, abwesend gewesen ist, den Beklagten zu dem Verlangen berechtigen, daß der Kläger, um den Eintritt der Verwirkungsclausel herbeizuführen, ihn von seiner Rückkehr und seiner nunmehrigen Bereitschaft zur Entgegennahme der Zinszahlung hätte in Kenntniß setzen müssen. Denn da nach der hier zu Lande herrschenden Ueblichkeit der Schuldner die Zinsen dem Gläubiger zuzustellen hat, und es in dieser Beziehung keiner Mahnung oder Zahlungsaufforderung von seiner Seite bedarf, so konnte er, ganz abgesehen davon, daß die commissorische Clausel dem Schuldner gemeinrechtlich

die gleiche Verpflichtung auferlegt — l. 4 §. 4 D. de lege commissor. (18, 3) — erwarten, daß der Beklagte ihn in seiner Wohnung aufsuchte. Da der Beklagte ferner auch überall nicht behauptet hat, daß er schon vor dem letzten Tage des Termins Zahlung beabsichtigt, einen vergeblichen Versuch dieserhalb gemacht, und den Kläger hievon unterrichtet habe, so brauchte der Letztere, um den Nachtheilen einer etwanigen mora accipiendi zu entgehen, auch nicht vor demselben am Zahlungsorte sich einzufinden. Und wenn er auch an diesem Tage zur Entgegennahme der Zahlung bereit sein und dem Schuldner durch seine Anwesenheit die Gelegenheit bieten mußte sich von seiner Verbindlichkeit zu befreien, so ist doch auch Dies nicht dahin zu verstehen, daß er in keinem Augenblicke dieses Tages seine Wohnung oder gar sein Zimmer verlassen durfte. Vielmehr durfte er, wenn der Schuldner bei seinem Erscheinen ihn nicht sogleich traf, herrschender Sitte gemäß erwarten, daß dieser sich bei seinen Hausgenossen nach ihm erkundigte und wenn er etwa durch unabweisliche Gründe am Wiedererscheinen zu der Zeit, wo er den Gläubiger nach dem Ausfall der eingezogenen Erkundigungen anzutreffen erwarten konnte, behindert war, denselben durch sie von seinem Dagewesensein, wie von dem Zwecke seines Erscheinens und diesen Hinderungsgründen selbst unterrichtete, und dadurch dem Gläubiger seinerseits Gelegenheit bot selbst in seinem Interesse thätig zu werden.

Beklagter behauptet aber weder, daß er, als er sich um die Mittagszeit vor das Wohnzimmer des Klägers begeben und auf sein Klopfen keinen Einlaß erhalten habe, sich um solche Erkundigungen bemüht, noch daß ihm solche und eine daran geknüpfte Benachrichtigung des Gläubigers in Ermangelung des Vorhandenseins anderweitiger Hausgenossen desselben unmöglich gewesen; und doch hätte ihm eine solche Behauptung um so näher gelegen, da er die Behauptung des Klägers, daß seine Cousine — mit der Beklagter, seiner eigenen Angabe nach, auch sonst in dergleichen Angelegenheiten verkehrt hat — in seiner, Klägers, Wohnung anwesend gewesen, überall nicht zu bestreiten versucht hat. Unter diesen Umständen kann daher auch der einmalige Versuch, welchen Be-

klagter am letzten Terminstage gemacht haben will, Einlaß bei dem Kläger zu erhalten, so wenig dazu genügen, den Gläubiger in mora accipiendi zu versetzen, als, worauf es hier gerade ankommt, das Resultat herzustellen, daß der Beklagte durch Gründe, die in der Person des Gläubigers lagen, an der Erfüllung seiner Verbindlichkeit gehindert, und so ohne sein Zuthun außer Stand gesetzt sei, den Eintritt der Bedingung abzuwenden, an welche die Verwirkung der ihm zugesicherten Unkündbarkeit äußerlich geknüpft war. Hätte er daher neben dieser Angabe Dessen, was er Zwecks Erfüllung seiner Verbindlichkeit versucht, nicht noch zugleich die bestimmte Behauptung aufgestellt, daß der Kläger auch an diesem letzten Tage des Termins noch von S. abwesend, oder doch in seiner Wohnung nicht anzutreffen gewesen sei, so würde er der Verurtheilung nicht haben entgehen können, und kann deshalb jetzt des ihm auferlegten Beweises — — — nach dessen vollem Umfange nicht überhoben werden.

5. — (Erscheinen demnach die Beschwerden) des Beklagten unbegründet, so gilt das Gleiche auch von dem grav. 1 des Klägers in seiner principalen, auf sofortige Verurtheilung des Beklagten abzielenden Richtung.

Denn wie streng auch die Grundsätze sind, nach welchen das Römische Recht bei denjenigen Stipulationen, wodurch an die Nichterfüllung oder an die nicht rechtzeitige Erfüllung bestimmter Verbindlichkeiten durch freie Willkür der Contrahenten ein rechtlicher Nachtheil gewisser Art geknüpft ist, den Eintritt der Bedingung abmißt, von welcher die Verwirkung der bedungenen Strafe abhängt, so leidet es doch nach allen hier einschlagenden Entscheidungen keinen Zweifel, daß auch in denjenigen Fällen, in welchen wie hier selbst die Abwesenheit eigentlicher culpa auf Seiten des Schuldners hinsichtlich der Nichterfüllung jener Verbindlichkeit die Strafe nicht ausschließt, dennoch der Schuldner derselben entgeht, wenn die Erfüllung aus Gründen, die in der Person des Gläubigers liegen, welcher Art sie auch sein mögen, gehindert ist. Vergl. mit den in fin. rat. 2 angeführten Stellen auch noch l. 23 D. de obligationibus et actionibus (44, 7) und dazu Wolff, Lehre von der mora

Seite 55 ff. Als durch solche Gründe verhindert muß sie aber ohne Weiteres angesehen werden, sobald sie in Folge derselben nicht in der Art gerade geschehen kann, wie der Gläubiger sie zu fordern berechtigt, der Schuldner sie zu leisten verpflichtet war. War daher der Schuldner nur verpflichtet, an seinem Wohnorte gerade die Zahlung dem dort anwesenden Gläubiger selbst oder einem ihm durch diesen bezeichneten Bevollmächtigten zu leisten, so braucht er, wenn der Gläubiger zur festgesetzten Zahlungszeit nicht an diesem Orte anwesend, oder doch in seiner Wohnung nicht anzutreffen ist, ebenso wenig zu außerordentlichen Auskunftsmitteln zu greifen, um dennoch die Zahlung dem Gläubiger auf irgend einem Wege zukommen zu lassen, als in Ermangelung eines ihm bezeichneten Bevollmächtigten dieselbe solchen Personen anzubieten, von denen er vermuthen kann, daß sie möglicher Weise negotia des Abwesenden geriren würden. Konnte daher auch der Beklagte, als er seiner Behauptung nach am letzten Terminstage den Kläger nicht antreffen konnte, den Versuch machen, ihm das Geld durch die Post oder durch Vermittelung seiner Cousine zugehen zu lassen, — verpflichtet war er hiezu nicht; und noch weniger war er verbunden, das Geld zu deponiren, da jedenfalls der Gläubiger nicht verlangen kann, daß der Schuldner, welchem dadurch unter Umständen ein Mittel geboten ist, sich in seinem Interesse ohne die regelmäßig erforderliche Mitwirkung des Gläubigers von seiner Verbindlichkeit frei zu machen, dieses gegen ihn, den Gläubiger gerade, gerichtete Sicherungsmittel ergreift. Wenn daher auch die l. 7 C. de pactis inter emtorem et venditor. (4, 54) dem Käufer einer Sache, welcher die lex commissoria zu fürchten hat, um etwanigen Machinationen des Verkäufers, welcher davon Gebrauch zu machen wünscht, zu entgehen, anräth, wenn der Verkäufer nicht zu treffen, sich „denunciationis et obsignationis depositionisque remedio“ gegen dessen Ränke zu sichern, so läßt doch die l. 8 D. de lege commissoria (18, 3) die gleiche Sicherung gegen die Verwirkung der commissorischen Clausel schon dann eintreten, wenn der Käufer seine Zahlungsbereitschaft und die Abwesenheit des Verkäufers durch Zeugen ausreichend

constatirt hat, und die l. 4 §. 4 D. eod. endlich erklärt es zu seiner Sicherheit in dieser Beziehung schon für genügend, wenn nur am entscheidenden Tage Niemand da ist, dem er die Zahlung anbieten kann.

6. — Dagegen erscheint diese Beschwerde des Klägers in ihrer eventuellen Richtung begründet, also in so fern, als er verlangt, daß der dem Beklagten freizulassende Beweis so formulirt werde, daß derselbe auch seine Zahlungsbereitschaft darzuthun habe. Denn nach den bestimmten Aussprüchen der l. 23 D. de obligationibus et actionibus (44, 7), deren volle Schärfe in den Entscheidungen der l. 9 D. de nautico foenore (22, 2), l. 77 D. de verborum obligationibus (45, 1) l. 1 §. 3 D. de eo, per quem factum (2, 10) noch klarer hervortritt, und nach der anderen Seite, so weit das Verhalten und die Lage des Gläubigers mit in Betracht kommt, durch den Inhalt der l. 9 §. 1 D. de usuris (22, 1) und l. 8 D. de nautico foenore (22, 2) ergänzt wird, entgeht der Schuldner bei ausbleibender Leistung der Verwirkung der für solchen Fall bedungenen Strafe nur dann, wenn der Hinderungsgrund nicht auf seiner Seite, sondern vielmehr lediglich und allein auf Seiten des Gläubigers liegt. Durch die in der Person des Gläubigers obwaltenden, sei es nun auf dessen Willen beruhenden oder davon unabhängigen Gründe, deren Beweis an sich dem Schuldner obliegt, kann er aber begreiflicher Weise nur dann an der rechtzeitigen Erfüllung seiner Verbindlichkeit gehindert zu sein behaupten, wenn er seinerseits zu dieser Erfüllung bereit war und den Willen zu zahlen in irgend einer Weise äußerlich bethätigt hat; und wird er diesen Beweis um so mehr mit übernehmen müssen, als die Erfüllung von ihm auszugehen hatte, und der Gläubiger hiebei erst in zweiter Linie thätig zu werden brauchte. Nur wenn die Umstände, welche auf Seiten des Gläubigers die Erfüllung hinderten, so beschaffen sind, daß der Schuldner schon im Voraus wußte, daß der Versuch rechtzeitiger Erfüllung vergeblich sein würde, läßt sich behaupten, daß dem Schuldner nicht zuzumuthen stand, sich dennoch zu der

vielleicht mit Mühe und Kosten verknüpften Erfüllung bereit zu halten, und er deshalb auch mit dem Beweise dieser Bereitschaft zu verschonen sei. War er aber, wie hier seiner Behauptung nach der Fall, bloß nicht sicher darüber, ob der Gläubiger am Erfüllungsorte anwesend oder zu Hause anzutreffen sei, so ist er des Versuches der Erfüllung nicht überhoben, und wird daher mit dem Hinderungsgrunde selbst auch diesen Versuch, und folgeweise auch seine Erfüllungsbereitschaft zu behaupten und zu beweisen haben, wie er Ersteres auch dadurch gethan hat, daß er in seiner Vernehmlassung — — bestimmt behauptet, daß er sich an dem fraglichen Tage zu dem Kläger begeben, um die Zinsen zu zahlen. Hiemit stehen auch die in voriger ratio angeführten Stellen, welche gerade den Fall der lex commissoria besprechen, nicht nur nicht in Widerspruch, sondern vielmehr in vollem Einklange. Denn wenn auch die l. 4 §. 4 D. de lege commissoria (18, 3) am Schlusse bemerkt: „quod si non habet, cui offerat, posse esse securum,“ so verlangt sie doch in ihrem vorausgehenden Theile, daß der Schuldner den Versuch der Zahlung macht; und da die l. 8 D. eod., gleichwie die l. 7 C. de pactis inter emtorem (4, 54) den Schuldner in dem Falle, da er den Gläubiger nicht auffinden kann, zu seiner Sicherung anweist den Umstand, daß der Gläubiger nicht anzutreffen war, wie seine eigene Zahlungsbereitschaft auf förmliche Weise zu constatiren, so läßt sich daraus deutlich erkennen, daß ihn in dieser Beziehung nach der Ansicht unserer Rechtsquellen die Beweislast trifft. Da es nun auch ohne Grund ist, wenn die sententia a qua annimmt, daß aus dem bloßen Umstande der Abwesenheit des Gläubigers vom Zahlungsorte, welche ja eine rein zufällige sein konnte, sich ein stillschweigender Verzicht auf die pünktliche Einhaltung der festgesetzten Zahlungszeit Seitens des Schuldners folgern lasse, so war dem Beklagten der Beweis des gemachten Zahlungsversuches, mithin auch seiner Zahlungsbereitschaft, noch neben dem in voriger Sentenz festgestellten Beweise so wie geschehen aufzuerlegen, und sind außerdem, um jeden Zweifel über den in rat. 4 erörterten Sinn dieses Beweises auszuschließen, noch die weiteren, in der Urtheils-

formel ersichtlichen Aenderungen in der Fassung des Beweissatzes vorgenommen. — — — — — — — — — —

---

## 57.

**Der Dienstherr, welcher den in seine Dienste Getretenen eigenmächtig vor der contractsmäßigen Zeit entläßt, ist nicht zur sofortigen Auszahlung des gesammten bis zum Ablauf der vertragsmäßigen Dienstzeit zu berechnenden Lohnes verpflichtet.** Je. 208/1859.

Aus dem Erkenntnisse des Oberappellationsgerichts vom 21. März 1861:

1 —. — Der Dienstherr, welcher eigenmächtig den in seine Dienste Getretenen vor der contractsmäßigen Zeit entläßt, verzichtet für die Zukunft zwar auf die Dienste des Entlassenen; allein hieraus folgt Nichts für das Recht des Letzteren die sofortige ungekürzte Auszahlung des gesammten für den Zeitraum von der Entlassung bis zum Ablaufe der vertragsmäßigen Dienstzeit zu berechnenden Lohnes zu fordern, und wird für die Rechtfertigung eines derartigen Anspruches auch dadurch Nichts gewonnen, wenn man von der Auffassung ausgeht, daß die Verpflichtung des Dienstherrn zur Zahlung des fraglichen Lohnes in dem hervorgehobenen Falle weniger unter den Gesichtspunkt der Gegenleistung für die in Wirklichkeit nicht geleisteten Dienste, als vielmehr unter denjenigen des Schadensersatzes falle, welcher dem vor der Zeit Entlassenen dafür gebühre, daß der Dienstherr das Dienstverhältniß in contractswidriger Weise aufgelöst und dem Dienenden dadurch die Leistung der Dienste unmöglich gemacht habe. Denn im Allgemeinen ist es eine zweifellos feststehende Regel, daß Niemand den Ersatz eines Schadens verlangen kann, welcher noch nicht eingetreten ist. Wo der Schade theilweise eingetreten ist, theilweise aber noch ungewiß in der Zukunft liegt, lassen die Römer zwar sofort die Klage auf Erstattung des bereits eingetretenen Schadens

zu, gestatten aber daneben rücksichtlich des zukünftigen Schadens nur die Forderung von Verbalcautionen,

vergl. l. 38 pr. D. pro socio (17, 2),
l. 41 de judiciis (5, 1), l. 18 D. ratam rem (46, 8), l. 23 D. de actionibus emti (19, 1),
Mommsen, Beiträge zum Obligationenrecht, Abth. 2, S. 118—120,

und wird der heutige Richter je nach der Verschiedenheit der Fälle die Wahl haben entweder an die Stelle der Verbalcautionen einen bloßen Vorbehalt der zukünftigen Schadensansprüche zu setzen oder mit der Verurtheilung zur Leistung des bereits existent gewordenen Interesses die Condemnation zur künftigen Leistung des weiteren Schadensersatzes zu verbinden.

Bei der Frage, ob die Römischen Juristen Ausnahmen von den dargelegten Grundsätzen zugelassen haben, beruft sich Unterholzner (Lehre von den Schuldverhältnissen Bd. 2 §. 502 not. a) für die Bejahung mit Unrecht auf die l. 24 §. 2 D. locati (19, 2); denn dieselbe spricht lediglich aus, daß der Vermiether eines auf fünf Jahre vermietheten Grundstückes, wenn der Miether dasselbe verlasse, gegen diesen sofort Klage erheben könne; der Jurist äußert aber Nichts darüber, was für ein Gesuch der Miether rücksichtlich seiner nach dem Contracte erst in Zukunft existent werdenden Ansprüche stellen dürfe. Von größerer Bedeutung ist die l. 55 §. 2 eod., in welcher Paulus anerkennt, daß der Pächter, welcher vor der contractsmäßigen Zeit ohne genügenden Grund das Grundstück verlassen hat, auf Zahlung des Pachtzinses für die ganze Zeit belangt werden kann,

quatenus locatori in id, quod ejus interest, indemnitas servetur.

Nach diesem Ausspruche, mit welchem in der hier fraglichen Beziehung auch die Entscheidung der l. 24 §. 4 eod. in Uebereinstimmung steht, braucht der Verpächter, dessen Grundstück vom Pächter eigenmächtig verlassen worden ist, sich nicht mit der Verfolgung seines ursprünglichen contractlichen Rechtes auf Zahlung der Pachtgelder an den in der Zukunft liegenden contractlichen Terminen zu begnügen, sondern er kann sofort das ganze Interesse verlangen, welches für ihn durch die von Seiten

seines Mitcontrahenten erfolgte rechtswidrige Aufhebung des Pachtcontractes begründet wird. Der Inhalt der Entscheidung selbst läßt indeß keinen Zweifel darüber, daß Paulus bei derselben von der Voraussetzung ausgeht, daß der ganze dem Vermiether — oder im Falle der l. 24 §. 4 cit. dem Pächter — aus der contractswidrigen Handlung des Mitcontrahenten erwachsende Schade, also auch das Interesse desselben an der Realisirung des Miethsoder Pachtvertrages während der ganzen noch in der Zukunft liegenden Contractsperiode schon jetzt sowohl rücksichtlich seines Existentwerdens als auch seiner Größe nach mit genügender Sicherheit beurtheilt werden kann, und mit Recht weist Mommsen a. a. O. S. 121 f. darauf hin, daß die Fälle, in welchen in Gemäßheit dieser Entscheidung des Paulus die sofortige Einklagung des theilweise noch nicht eingetretenen Schadens zulässig sei, sich nicht genau übersehen lassen, die Entscheidung darüber vielmehr dem vernünftigen Ermessen des Richters überlassen werden müsse. Bei der Eigenthümlichkeit der für die locatio operarum geltenden Grundsätze erscheint es aber als unstatthaft den Ausspruch der l. 55 §. 2 cit. da anzuwenden, wo der locator operarum vor der Zeit von seinem Dienstherrn contractswidrig entlassen ist, und dieserhalb sofort die Zahlung des für die ganze Miethszeit vereinbarten Lohnes in Anspruch nimmt; denn diese Forderung bleibt rücksichtlich des nach dem Contracte erst in der Zukunft fällig werdenden Lohntheiles auch in dem zur Frage stehenden Falle ihrer Existenz nach ungewiß, indem von einer Geltendmachung derselben nicht die Rede sein kann, wenn der locator operarum durch anderweitige Vermiethung für die entsprechende Zeit zu einem gleich hohen Lohne gelangt, oder vor Ablauf der contractlichen Miethszeit stirbt. Es fehlt demnach an einem ausreichenden juristischen Grunde, um dem locator operarum für den Fall seiner contractswidrigen Entlassung vor Ablauf der Dienstzeit vom Gesichtspunkte einer Schadensersatzforderung aus statt der contractsmäßigen Forderung des Lohnes zu den vereinbarten Terminen einen Anspruch auf alsbaldige Zahlung des Lohnes für die ganze noch übrige Miethszeit zu gewähren. Auch

kann der Schuldner nicht gezwungen werden wider seinen Willen eine erst in der Zukunft fällige Zahlung unter Abzug des interusurium vor der Zeit zu leisten. Die Verurtheilung des Dienstherrn ist unter den hervorgehobenen Voraussetzungen daher auf die Zahlung des Lohnes zu den contractlichen Terminen zu beschränken, indem demselben dabei insonderheit auch die Möglichkeit bleibt, vor der Zahlung der erst in der Zukunft fällig werdenden Raten gegen das Judicat die Vertheidigung geltend zu machen, welche für ihn in späterer Zeit etwa durch den Tod des locator operarum oder durch dessen anderweitige Vermiethung entstanden ist.

---

## 58.

**Unter welchen Voraussetzungen haben Kinder für ihre den Eltern geleisteten Dienste Lohn zu begehren.** Vo. 405/$_{1858}$.

Der Sohn eines Ackersmannes war, nachdem er bereits auswärts gedient hatte, ins elterliche Haus zurückgekehrt und hatte 14 Jahre lang bis zu seiner Verheirathung in der Ackerwirthschaft des Vaters die Functionen eines Knechtes versehen. Während dieser Dienstzeit hatte er außer vollständiger Naturalverpflegung nur ein geringes Taschengeld zur Bestreitung kleiner Ausgaben erhalten; als er sich sodann einen eigenen Herd gründete, war ihm vom Vater eine nicht eben beträchtliche Beihülfe an Baumaterialien u. s. w. zu Theil geworden. Nach dem Tode des Vaters, dessen Testament die Bestimmung enthielt, daß die Kinder das bei Lebzeiten des Erblassers Empfangene nicht conferiren sollten, forderte nun dieser Sohn von seinen Miterben (Mutter und Geschwistern) für seine 14 Dienstjahre einen Lohn im jährlichen Betrage von 20 Thlr. Er berief sich darauf, daß ein solcher den Leistungen entsprechender Lohn ihm auch ohne besondere Vereinbarung gebühren würde und behauptete außerdem, er sei nur auf ausdrückliches Verlangen des Vaters, der

ihm eine eventuell aus dem Nachlasse zu zahlende Vergütung ausdrücklich verheißen habe, in den väterlichen Dienst wieder eingetreten.

Die Klage wurde in allen drei Instanzen zurückgewiesen. Das Erkenntniß des Oberappellationsgerichts vom 12. Septbr. 1859 ist so begründet:

1. — Kinder, welche im elterlichen Hause wohnen und vollständig alimentirt werden, sind unzweifelhaft verpflichtet, den Eltern in deren Hauswesen und Nahrungsbetriebe nach Kräften behülflich zu sein und mithin die ihnen aufgetragenen, ihrem Alter, Geschlechte und Lebensberufe angemessenen Hülfsleistungen zu verrichten. Das Recht auf solche häusliche Dienste ist nicht sowohl ein Ausfluß der patria potestas, als vielmehr eine einfache Consequenz der Hausherrschaft, welche dem Oberhaupte der häuslichen Gemeinschaft gegen alle unselbständigen, nur von ihm lebenden Mitglieder derselben zusteht; jenes Recht gebührt daher dem Vater auch gegen die emancipirten Kinder, welche an den elterlichen Herd zurückkehren, und ist auch der Mutter, welche nach des Vaters Tode dem Hauswesen selbständig vorsteht, nicht abzusprechen. Ein nachträglich erhobener Anspruch auf eine die Darreichung vollständiger standesmäßiger Alimente übersteigende Gegenleistung ist aus allgemeiner Rechtsregel nicht abzuleiten, weil das Kind, abgesehen von einem ausdrücklich geschlossenen, oder nach Lage der obwaltenden concreten Verhältnisse zu supponirenden Dienstvertrage, durch seine häuslichen Arbeiten nur eine ihm obliegende Pflicht der Obedienz erfüllt hat.

Cfr. Dorn, Gesinderecht, pag. 356.

Nach einer sehr verbreiteten Meinung soll freilich ein Kind, welches bei fremden Leuten dienen und dadurch Mehr als den Lebensunterhalt erwerben konnte, gleichwohl aber bei den Eltern bleibt und ihnen einen Gesellen, einen Knecht, oder eine Magd ersetzt und entbehrlich macht, den üblichen Lohn auch ohne Vertrag zu fordern, und jedenfalls nach dem Tode der Eltern ein entsprechendes praecipuum aus dem Nachlasse zu beanspruchen berechtigt sein, weil es durch seine Dienste den Eltern eine Ausgabe erspart, mithin zum Besten der Miterben gearbeitet habe.

Struben, Rechtliche Bedenken, Bd. 3, Nr. 49, Seite 121.
Glück, Erläuterung der Pandecten, Bd. 2, Seite 267, und die daselbst not. 32 citirten Schriftsteller.
Kraut, Vormundschaft, Bd. 2, §. 109, Seite 639.

Wenn indessen auch, was im einzelnen Falle immer erst noch eine quaestio facti sein würde, die Erbschaft wirklich um den Betrag des ersparten Dienstlohns bereichert wäre, so würde doch diese Thatsache für sich allein und ohne die Unterstellung eines stillschweigend geschlossenen Dienstvertrages eine Ersatzforderung nicht begründen, weil dazu eine Bereicherung, welche lediglich durch Erfüllung einer rechtlichen oder natürlichen Verbindlichkeit bewirkt wird, nicht genügt. Man hat daher (vergl. insbesondere Struben a. a. O.) unter den oben angegebenen Voraussetzungen eine locatio conductio tacita annehmen zu dürfen geglaubt; allein dagegen ist von Dorn a. a. O. mit Recht bemerkt worden, daß im Verhältnisse von Eltern und Kindern ein beabsichtigter Dienstvertrag nicht zu vermuthen sei. Es versteht sich in der That nicht von selbst, daß Kinder, die auswärts dienen könnten oder bereits gedient haben, nur in Erwartung des üblichen Dienstlohns bei den Eltern bleiben oder zu denselben zurückkehren, da sich für einen solchen Entschluß noch andere, mindestens eben so nahe liegende Motive darbieten.

2. — Hienach ist die vom Appellanten erhobene Klage durch die Behauptung, daß er von seinem 16ten bis zum 30sten Lebensjahre, d. h. von Gallen 1835 bis dahin 1849, beim Vater gewohnt und in dessen Ackerwirthschaft die Functionen eines Knechtes versehen habe, nicht ausreichend fundirt. Auch der weiter angeführte Umstand, daß er bereits in fremdem Dienste gestanden habe und auf besonderen Wunsch des Vaters in das elterliche Haus zurückgegangen sei, gewährt noch kein genügendes Fundament für den libellirten Anspruch, da er nicht berechtigt war, die Aeußerung des väterlichen Wunsches ohne Weiteres als Offerte eines Dienstvertrages aufzufassen. Es kommt mithin Alles darauf an, ob das ausdrückliche Lohnversprechen, welches der Vater des Appellanten demselben bei dessen Wiedereintritt

in die elterliche Wirthschaft ertheilt haben soll, geeignet ist die klagbar gemachte Forderung zu begründen.

3. — Ueber den Inhalt der ihm angeblich gemachten Zusage hat der Appellant im Laufe der erstinstanzlichen Verhandlungen sehr verschiedene, einander widersprechende Angaben gemacht. In dem Klagvortrage [1] prim. inst., bezieht er sich nur auf ein allgemein gehaltenes Lohnversprechen und fordert 20 Thlr. pro anno, nicht weil der Vater so viel verheißen habe, sondern weil diese Summe der Ueblichkeit gemäß sei. Dabei sagt er noch nicht, daß er außer Obdach und Beköstigung während der ganzen Dauer seines Aufenthalts im elterlichen Hause auch die erforderliche Kleidung und zur Bestreitung kleiner Ausgaben einiges Taschengeld erhalten, mithin Emolumente genossen habe, welche einem Knechte nicht ausgesetzt zu werden pflegen, und darauf hinweisen, daß das Verhältniß nicht als eine gewöhnliche Dienstmiethe behandelt worden sei. Erst nachdem die Appellaten hierauf aufmerksam gemacht und den Werth der gedachten außerordentlichen Präſtationen eventuell in Gegenrechnung bringen zu wollen erklärt hatten, stellt Appellant zunächst in Anlage 3 ad [5] ibid. die Behauptung auf, es sei ihm außer den nothwendigen Kleidungsstücken ein Jahreslohn von 20 Thlr. ausdrücklich zugesichert worden, giebt aber, [10] ibid., schließlich wieder zu, daß kein bestimmter Lohn vereinbart sei, und begnügt sich nun damit die von ihm geleisteten Dienste näher zu beschreiben und danach die geforderte Summe, unter Hinzurechnung der empfangenen Kleider und des geringfügigen Taschengeldes, als ein billigmäßiges Aequivalent hinzustellen. Er kommt also zuletzt selbst wieder auf ein, den Betrag des Lohnes nicht enthaltendes, generelles Versprechen zurück. Da es sich hier um Dienste handelt, welche einen nach Ueblichkeit zu berechnenden Miethswerth haben, so würde allerdings der Mangel einer conventionellen Fixirung der väterlichen Gegenleistung die Klagbarkeit des angeblich geschlossenen Dienstvertrages nicht hindern. Die außerordentlichen, in Dienstverhältnissen regelmäßig nicht vorkommenden Emolumente, welche der Appellant im väterlichen Hause genossen hat, lassen eine Schätzung in Gelde zu,

und es würde daher nach den Resultaten der über die streitig gebliebenen Thatsachen vorerst aufzuerlegenden Beweise leicht zu bestimmen sein, ob und wie viel der Appellant weniger, als den angemessenen Dienstlohn erhalten habe.

4. — Von entscheidender Bedeutung ist dagegen der Umstand, daß der Vater nach der eigenen Angabe des Appellanten sich selbst zu einer Lohnzahlung gar nicht bestimmt anheischig gemacht, sondern eventuell auf eine aus seinem dereinstigen Nachlasse zu gewährende Belohnung verwiesen hat. Eine so unbestimmte Erklärung, welche nicht bloß den Umfang der Leistung, sondern auch die Art der Erfüllung dahingestellt sein läßt, kann überall nicht für ein bündiges Versprechen des gewöhnlichen Dienstlohns gelten, sondern ist Nichts weiter, als eine Aeußerung des väterlichen Willens nach eigenem Ermessen und eigener Schätzung der zu leistenden Dienste den Sohn durch Zuwendungen unter Lebenden, oder auf den Todesfall den Miterben gegenüber, schadlos zu halten. Insbesondere ist nicht anzunehmen, daß durch die eventuelle Verweisung auf den Nachlaß eine Erbschaftsschuld von ungewissem Betrage habe constituirt und damit ein nahe liegender Anlaß zu Streitigkeiten unter den Erben habe gegeben werden sollen; vielmehr ist damit offenbar nur die Absicht ausgesprochen, den Appellanten, so fern er durch Das, was er etwa noch bei Lebzeiten des Vaters aus dessen Vermögen erhalten möchte, für seine Dienste nicht hinreichend belohnt erschiene, mit einem Prälegate zu bedenken. Diese Deutung der väterlichen Intention wird durch den Inhalt des von dem Appellanten und seinen Proceßgegnern anerkannten Testamentes, Anlage 1 ad [2] act. junctor., bestätigt, indem die speciellen Bestimmungen desselben zeigen, daß der Erblasser darauf bedacht gewesen sei seine Kinder, nach Maßgabe der Dauer ihres Aufenthaltes im elterlichen Hause und der von ihnen während dieser Zeit geleisteten Dienste, einander möglichst gleich zu stellen, und für diesen Zweck auch das Verhältniß des jetzigen Klägers durch die dortige Bestimmung, daß demselben das von ihm bei seinen Lebzeiten bereits Erhaltene bei der Erbtheilung nicht angerechnet werden solle, keinesweges unberücksichtigt gelassen habe.

Hiemit hat der Vater seine angeblich ertheilte Zusage nach dem oben erörterten Sinne derselben erfüllt, und kann der Appellant, der wenigstens einen Theil der auf der Anlage 2 ad [3] prim. inst. verzeichneten Zuwendungen von seinem Vater bei dessen Lebzeiten erhalten zu haben nicht bestreitet, mit seinen Geschwistern darüber nicht rechten, daß ihm durch die Bestimmungen des väterlichen Testamentes ein ausreichender Lohn nicht zu Theil werde, da er selbst dessen Festsetzung dem väterlichen Willen anheimgegeben hatte.

---

## 59.

## Ueber einige Bestimmungen des Mecklenburgischen Rechts in Betreff der Kündigungsfrist und Kündigungsscheine bei Dienstverhältnissen.

1. (Bu. $964/_{1861}$.) Der Werkführer B. zu G., welcher die technische Leitung der dortigen Maschinenfabrik des Kaufmanns B. übernommen und dafür von diesem außer einem dem Betrage nach streitigen baaren Gehalte freie Wohnung für sich und seine Familie in dem Fabrikgebäude und genügende Feuerung für seinen Haushalt zugesichert erhalten hatte, gerieth mit seinem Principal in Streit über die Wirksamkeit einer von dem Letzteren am 1. Februar 1860 vorgenommenen Kündigung des Dienstverhältnisses. — Während die beiden ersten Erkenntnisse des Magistrats zu Güstrow und der Justiz-Canzlei daselbst das Dienstverhältniß für sofort durch diese Kündigung aufgelöst erklärt hatten, sprach das Oberappellationsgericht in dem Erkenntnisse vom 23. Juni 1862 aus, daß die Auflösung desselben durch die Kündigung vom 1. Februar 1860 erst zu Johannis 1860 herbeigeführt sei.

In den Gründen wird gesagt:

Es erscheint als gerechtfertigt, die — — — Vorschrift der Verordnung vom 15. Juli 1800 sub I. über die Nothwendigkeit der ein Vierteljahr vor der intendirten Auflösung des

Contractes vorzunehmenden Kündigung der städtischen Dienstboten analog auf ein mit der Festsetzung jährlichen Lohnes verbundenes Dienstverhältniß der vorliegenden Art anzuwenden, wenn man erwägt, daß der Grund, welcher das erwähnte Gesetz bewog, die Wirkungen einer Kündigung bei den ibid. sub I. und III. Abs. 2 angeführten Dienstboten und Domestiken erst nach dem Ablaufe eines Vierteljahres eintreten zu lassen, hier nicht allein in derselben Stärke, sondern sogar in gesteigertem Maße in den Nachtheilen und Verlegenheiten vorliegt, welche dem unerwartet Gekündigten im Falle einer durch die Kündigung des Mitcontrahenten sofort herbeigeführten Beendigung des Vertrages gerade bei einem Dienstverhältnisse der hier fraglichen Art drohen und muß auch nach den in dem einheimischen Geschäftsverkehre verbreiteten Ansichten bei einem solchen Dienstverhältnisse die Statthaftigkeit einer, durch keine Kündigung vorbereiteten einseitigen Entlassung als der im Zweifel vorauszusetzenden Willensmeinung der Contrahenten widersprechend anerkannt werden. Weiter entspricht es aber eben so wohl der Analogie der Verordnung vom 15. Juli 1800, wie der im einheimischen Geschäftsleben beobachteten Gewohnheit, daß da, wo die Wirkungen der Kündigung vom Ablaufe eines Vierteljahres abhängig sind, die Auflösung des Dienstverhältnisses in Folge einer einseitigen Kündigung regelmäßig erst nach Beendigung eines vollen Quartals des Kalenderjahres als eintretend angenommen wird. — —

2. (Lu. 529/$_{1862}$.) Das Oberappellationsgericht erklärte in dem Bescheide vom 7. April 1862 die Einrede für begründet, welche der Schäfer S. zu R., der auf Räumung seiner Dienstwohnung von dem Gutsbesitzer v. L. auf R. gegen ihn erhobenen Klage gegenüber daraus entnommen hatte, daß ihm von seinem Dienstherrn ein dem Formulare der Verordnung vom 18. Januar 1820 in wesentlichen Beziehungen nicht entsprechender Kündigungsschein ertheilt war.

Die Gründe lauten also:

Die Verordnung vom 18. Januar 1820 (enthält) nicht bloß transitorische Bestimmungen für die Aufhebung der Leibeigenschaft,

und überwiegende Gründe sprechen insbesondere dafür, daß die Gesetzgebung bei der Erlassung der angezogenen Verordnung nicht allein beabsichtigt hat die vormaligen Leibeigenen bei eingetretener Freizügigkeit den übrigen Freien hinsichtlich der Kündigung und der Verbindlichkeit zum Abzuge gleichzustellen, sondern auch darauf bedacht gewesen ist, die Gelegenheit zur näheren Feststellung des bestehenden Rechtes in Bezug auf sämmtliche Freie durch Hinzufügung erläuternder Bestimmungen zu benutzen. Aus dem §. 12, Abs. 1 in fin. folgt Dies klar. Auch bezeichnet der den §. 413 des Landesgrundgesetzlichen Erbvergleichs modificirende §. 19 es als selbstverständlich, daß die dort getroffene neue Bestimmung ebenfalls für diejenigen Gutseinwohner gelte, welche die Freiheit schon früher besessen oder erlangt haben. Endlich läßt die allgemeine Fassung der §§. 14, 15 und 17 keinen Zweifel darüber zu, daß die dortigen Vorschriften über die Kündigung und Freizügigkeit ohne Beschränkung auf die Uebergangszeit für alle Zukunft haben gegeben werden sollen. Der Beklagte gehört nun aber weiter zweifellos zu den im §. 15 erwähnten Hausvätern. Denn als zum Ackerbau wirklich gehörig stellen sich auch diejenigen Deputatisten dar, welchen die unmittelbare Wartung und Besorgung des zu landwirthschaftlichen Zwecken gehaltenen Viehes, wie der Pferde, Kühe und Schafe, übertragen ist.

Er, der Kläger, war demnach verpflichtet, bei der Kündigung des Beklagten die Vorschriften der Verordnung vom 18. Januar 1820 zu beobachten. — —

(Diese Verordnung) setzt die Nothwendigkeit von Kündigungsscheinen bereits voraus und bestimmt nicht allein im §. 16, daß dieselben zur Befestigung besserer Ordnung gedruckt nach einem vorgeschriebenen Formulare ertheilt werden müssen und nicht ungebürlich vorenthalten werden dürfen, sondern hebt auch im §. 12 hervor, daß die Ertheilung der Kündigungsscheine zum Behuf des Abzuges Derer, die gekündigt haben, oder gekündigt worden sind, geschehen müsse. Verbindet man hiemit das, schon in der Verordnung vom 15. Juli 1800 sub VI. bestimmt ausgesprochene Verbot des Miethens eines Dienstboten ohne

Vorzeigung eines Kündigungsscheins, so wird klar, daß den Dienstherren die Ertheilung eines solchen Scheines gerade zu dem Zwecke zur Pflicht gemacht worden ist, damit dem Gekündigten die Erlangung eines anderweitigen Unterkommens ermöglicht werde, und es muß der gekündigte Hausvater vom Gesichtspunkte des in der Verordnung vom 15. Juli 1800 sub IV. ausdrücklich anerkannten Schadensanspruches aus für befugt erklärt werden der Räumungsklage des Dienstherrn, welcher ihm durch fortdauernde Vorenthaltung eines ordnungsmäßigen Kündigungsscheines die Erlangung einer anderen Wohnung und damit den Abzug unmöglich gemacht hat, eine exceptio doli entgegenzustellen. Zur unmittelbaren Unterstützung dieses Resultates dient auch der §. 12 der Verordnung vom 18. Januar 1820, dessen Bestimmung über die Auswerfung des Gekündigten, so wie über die eventuelle Ablieferung des Ausgeworfenen an das Landarbeitshaus, gerade die ordnungsmäßige Ertheilung eines Kündigungsscheines zum Behuf des Abzuges zu ihrer Voraussetzung hat.

---

## 60.

## Ueber die Verbindlichkeit der Postverwaltung zum Schadensersatze beim Personentransporte.

Be. 864/1857.

Die verehelichte B. aus R., welche in Hamburg einen Dienst als Krankenwärterin angenommen hatte, benutzte zur Reise dorthin bis Schwerin die ordinaire Post. Auf der letzten Station gingen die in G. vorgelegten Pferde durch, die Deichsel zerbrach und der Wagen schlug um. Die B. erlitt dabei nicht unerhebliche Körperverletzungen, welche eine längere Cur erforderten, ja sogar, wie sie behauptete, ihre Arbeitskraft, auf deren Verwerthung sie ihrem Stande nach angewiesen ist, dauernd beeinträchtigten. Sie schrieb diesen Unfall dem Umstande zu, daß Eines der Pferde ein sogenannter Strangschläger sei, also an

einem leicht zu entdeckenden Fehler leide, der jede sichere Lenkung unmöglich mache. Die Verwendung eines solchen Thieres zum Postdienste sei daher unstatthaft und bekunde eine grobe Fahrlässigkeit des Posthalters, für deren schadende Folgen die oberste Postverwaltung verantwortlich sei. Sie forderte von dieser Behörde Ersatz der aufgewendeten Curkosten, Alimente für Lebenszeit und Vergütung der für den Hamburger Dienst ihr angeblich verheißenen nicht unerheblichen Gegenleistung.

Bei der rechtlichen Beurtheilung dieses Falles ging das Oberappellationsgericht in dem Erkenntnisse vom 18. Juni 1860 von folgenden Grundsätzen aus:

1. — — — — — — — — — — —

2. Es unterliegt keinem Zweifel, ist auch in der Theorie allgemein anerkannt, daß die Verträge, wodurch die Post die Beförderung von Briefen, Päckereien und Personen nach den ihr bezeichneten Bestimmungsorten übernimmt, gleichmäßig unter den privatrechtlichen Gesichtspunkt der locatio et conductio operis fallen. Vergl. auch Kompe, vom Posttransportvertrage etc. in der Zeitschrift für Deutsches Recht, Bd. 18, pag. 301 ff., insbesondere §§ 4, 10. Und ebenso ist es wieder nach l. 25 §. 7 D. locati (19, 2) in Beziehung auf die Verhaftung des conductor operis, als welcher hier die Postverwaltung anzusehen ist, für die gute und fehlerfreie Ausführung des übernommenen Werkes gewiß, daß derselbe dem anderen Contrahenten nicht bloß für eigene Verschuldungen, sondern ganz in gleichem Maße, bis zur Prästation aller Diligenz, selbst für die geringsten Versehen der von ihm hiefür angestellten Leute verantwortlich ist, einerlei ob dieselben ihm gegenüber in einem unmittelbaren Dienstverhältnisse stehen, oder ob er ihnen die Ausführung des fraglichen Unternehmens selbst oder einzelner Theile in Form einer sublocatio weiter in Verding gegeben hat. Zweifelhaft ist allein, ob der Unternehmer sich von der Haftung für derartige Verschuldungen der von ihm für sein Unternehmen erlaubter Weise verwendeten Personen durch die Berufung auf den Umstand frei machen, und durch Cession der ihm selbst wider diese zustehenden Klagen abhelfen kann, daß er weder bei

der Auswahl noch bei der Beaufsichtigung und Ueberwachung derselben sich irgend Etwas habe zu Schulden kommen lassen, also seiner Seits von dem Vorwurfe einer Versäumung der ihm selbst obliegenden Diligenz nicht betroffen werde, wie Dies, den Entscheidungen der l. 25 §. 7 D. cit., der ll. 40, 41 D. eod. und der l. 20 §. ult. D. de praescriptis verbis (19, 5) gegenüber in den Fällen der ll. 10, 11, 20 D. commodati (13, 6), l. 11 pr. D. locati (19, 2) und l. 21 §. ult. D. de negotiis gestis (3, 5) für zulässig erklärt ist.

3. — Für den vorliegenden Fall wird jedoch jeder Zweifel dieser Art gehoben durch die Bestimmungen, welche unsere einheimische Post-Ordnung und die daran sich anschließenden späteren Verordnungen über die Haftung der Postverwaltung für das ihr zur Beförderung anvertraute Gut aufstellen, die mit den gemeinrechtlich aus dem Gesichtspunkte der locatio et conductio operis sich ergebenden Grundsätzen nicht nur übereinstimmen, sondern dieselben auch noch sehr erheblich verschärft haben. So sollen nach dem §. 67 der Post-Ordnung vom 1. Januar 1770 — dessen bezügliche Bestimmungen durch die späteren Verordnungen, vom 7. März 1811 (Raabe I. S. 596 f.), vom 20. April 1833 (Raabe I. S. 606 f.), die allgemeine Posttaxe vom 8. April 1848 §. 16 (Raabe V. S. 180 ff.) und die darauf Bezug nehmende Verordnung vom 27. October 1849 (Raabe V. S. 160 f.) nur in so fern modificirt sind, als dadurch der volle Ersatz verlorener oder beschädigter Gegenstände allgemein an die Voraussetzung einer Statt gefundenen Werthdeclaration gebunden, außerdem aber auf ein näher bestimmtes Maximum beschränkt ist — Diejenigen, welche der Post Briefe oder Sachen anvertrauen, und dabei Dasjenige beobachtet haben, was die für die Art des Verschlusses und der Verpackung und Dergleichen mehr normirenden Vorschriften erfordern, im Falle ihrer Beschädigung oder ihres Verlustes Nichts zu beweisen haben, als „daß sie wirklich den angegebenen Schaden leiden, mithin, „daß die verlorenen Sachen von ihnen auf die Post gegeben „und sie von dem angegebenen Werthe gewesen sind", worauf ihnen, wenn sie solchen Beweis geführt, sofort der Werth von

der Kammer erstattet werden soll, „welche sich solcherhalb an „denen Post-Officianten zu halten hat, die an dem Schaden oder „Verlust Schuld sind." Und diese Haftung ist weiterhin nur durch die Erklärung beschränkt, „daß die Postcomtoirs für Un„glücksfälle, welche ohne Schuld der Post-Officianten, und also „ohne daß sie solche hätten abwenden können, als durch Gottes „Wetter, Krieg, feindliche Plünderungen, Feuersbrünste, die nicht „in unseren Posthäusern entstehen, Einbruch, Straßenraub" (in Beziehung auf diesen ist jedoch in der Verordnung vom 30. April 1771 gleichfalls die Haftung übernommen) „etc., über welches „Alles den Post-Officianten der Beweis obliegt, sich zutragen, „nicht einstehen können, noch sollen, sondern daß es darunter „nach Vorschrift gemeiner Rechte gehalten werden solle," ebenso aber auch für den Fall ausgeschlossen, daß bei Transporten, die über die Grenzen des Landes hinausgehen, die betreffenden Gegenstände erweislich den fremden Postämtern gehörig ausgeliefert sind. Darin liegt nämlich die allerentschiedenste Anerkennung des Grundsatzes, daß Derjenige, welcher mit der Postverwaltung contrahirt hat, in allen Fällen, in welchen ihn ein durch die Umsicht und Sorgfalt der Post-Officianten abzuwendender Schaden betroffen hat, sich wegen des zu fordernden Ersatzes unmittelbar an die Postverwaltung, respective an die Großherzogliche Kammer wenden kann, ohne daß diese ihn solcherhalb an den etwa schuldigen Postofficianten verweisen oder sich von dieser Haftung durch den Nachweis sollte befreien können, daß sie ihrerseits bei dessen Anstellung und Ueberwachung Nichts versehen habe. Daß dieser Grundsatz hier zunächst in Beziehung auf den Sachentransport ausgesprochen ist, relevirt nämlich um deswillen Nichts, weil in Beziehung auf den Personentransport nirgends eine gegentheilige Bestimmung aufgestellt ist, und die Natur des dadurch begründeten Verhältnisses seiner Anwendung auf diesen in keiner Weise entgegensteht. Nur in sofern stellt sich eine abweichende Behandlnng beider Fälle und eine Modification der für den Sachentransport zunächst aufgestellten Bestimmungen hier als nothwendig heraus, als die daraus weiter abgeleiteten Folgesätze in Beziehung auf den von dem Geschädigten

zu fordernden Beweis ein Ergebniß der eigenthümlichen custodia sind, welche die Postverwaltung hinsichtlich der ihr anvertrauten Sachen augenscheinlich nach Maßgabe der gemeinrechtlich für das receptum nautarum etc. geltenden Sätze gleichsam im Sinne einer absoluten Garantieleistung bis zur Grenze der vis major übernommen hat. Dies führt aber immer nur dahin, daß der an seiner Person durch die fehlerhafte Ausführung dieses Transportes beschädigte Reisende nicht bloß den Schaden selbst, sondern auch dessen Ursache, und wenn diese nicht klar zu Tage liegt, solche Thatsachen, welche auf ein Verschulden der bei dem Transporte thätigen Officianten hinweisen, den allgemeinen Regeln des civilrechtlichen Beweises gemäß darzuthun genöthigt ist. An der Verhaftung der Postverwaltung als solcher für diese Verschuldung und deren nachtheilige Folgen wird dagegen hiedurch Nichts geändert.

4. — Andererseits erhebt sich aber vom Standpunkte der Post-Ordnung und der an dieselbe sich anschließenden Verordnungen aus die Frage, ob und in wie fern durch deren Inhalt eine Beschränkung des Umfanges eingeführt ist, in welchem die Postverwaltung den ihr obliegenden Ersatz zu leisten hat. Daß hier nun von einer unmittelbaren so wenig, als von einer analogen Anwendung der in voriger ratio allegirten neueren Verordnungen die Rede sein kann, wonach der volle Ersatz verlorener oder beschädigter Sachen von einer Statt gefundenen Werthdeclaration abhängig gemacht, in deren Ermangelung aber auf einen willkürlich festgestellten Satz beschränkt wird, ist eben so klar wie daß es unrichtig ist, wenn der beklagte Procurator hieraus die Folgerung ableitet, daß die Postverwaltung deshalb hier gar nicht ersatzpflichtig sein könne, und darum der an seiner Person Beschädigte sich, wie es in der Verordnung vom 27. October 1849 (Raabe V. S. 160 f.) für den Fall ungenügender oder unterbliebener Werthdeclaration hinsichtlich des über den von der Postverwaltung direct zu leistenden Ersatz hinausgehenden Schadens ausgesprochen ist, an die erweislich schuldigen Officianten selbst zu halten habe, zu deren Heranziehung hiezu sich zugleich die Postverwaltung erbietet. Vielmehr kann in diesem

Falle nur die Bestimmung des §. 67 der Post-Ordnung vom 1. Januar 1770 zur Anwendung kommen, welche vollen Ersatz des erweislich erlittenen Schadens verheißt. Die Frage ist also, wie diese Verheißung zu verstehen ist? Wo in anderen Fällen voller Ersatz des durch dolus oder culpa in contractlichen Verhältnissen oder außerhalb contractlicher Beziehungen zugefügten Schadens gefordert werden kann, ist nun zwar die civilrechtliche Regel die, daß dieser Ersatz sich nicht auf den directen Schaden beschränkt, sondern ebenso auch den indirecten Schaden, daher auch den entgangenen Gewinn umfaßt, sofern ein nachweisbarer Causalzusammenhang des Schadens mit dem schädigenden Ereignisse selbst besteht, und die Aussicht auf den angeblich entgangenen Gewinn bereits durch bestimmte Thatsachen fest begründet war, ohne daß richtiger Ansicht nach Etwas darauf ankommt, ob der Schuldige diese mittelbaren Folgen seiner That zu übersehen im Stande war, oder nicht, und bei contractlichen Verhältnissen insbesondere ein so weit gehendes Risico zu übernehmen gedachte: Mommsen, Lehre vom Interesse (Beiträge zum Obligationenrecht Bd. II. Seite 165 ff.) Daß indessen die Post-Ordnung nicht in diesem Sinne den Ersatz des durch den Verlust oder die Beschädigung ihr anvertrauter Sachen erweislich entstandenen Schadens verheißt, ist auch ohne jede Bezugnahme auf die späteren zu ihr hinzugetretenen Verordnungen nach ihrem unmittelbaren Wortlaute zweifellos gewiß, indem sich daraus sofort ergiebt, daß sie, indem sie auf der einen Seite für etwanige Verschuldungen ihrer Officianten die volle Verantwortung übernimmt, doch nur den unmittelbaren Werth dieser Sachen selbst zu ersetzen sich anheischig macht, dadurch aber zugleich jede Haftung für die mittelbaren Folgen ihres Verlustes oder ihrer Beschädigung von sich ablehnt. Und da diese Ablehnung jeder weiter gehenden Haftverbindlichkeit mit der übernommenen Garantie für das schuldfreie Verhalten ihrer Officianten in leicht erkennbarem Zusammenhange steht, eine Anstalt, wie die Post, auch gar nicht würde bestehen können, wenn sie durch die Verträge, welche sie hinsichtlich der Beförderung von Gütern wie von Personen schließt, in völlig unabsehbare

Verwickelungen durch die dem eigentlichen Verwaltungspersonal nicht weiter zur Last zu legenden Versehen untergeordneter Officianten sollte hineingezogen werden können, so sprechen überwiegende Gründe dafür, diese für den Gütertransport ausdrücklich erklärte Beschränkung der Haftung für den durch die Schuld ihrer Angestellten entstandenen Schaden auch für den Personentransport eintreten zu lassen.

5. — Danach würde die Klägerin von der Postverwaltung selbst, was den ihrer Person durch das Umwerfen des Postwagens zugefügten Schaden betrifft, nur den Ersatz des durch die Heilung der erlittenen Körperverletzung nöthig gewordenen Aufwandes verlangen können, da der durch die geminderte Arbeitsfähigkeit entstehende Schade an sich schon eben so dem Bereiche des mittelbaren Schadens angehört, wie die Einbuße, welche sie dadurch erlitten haben will, daß sie in Folge dieses Unfalls die in Hamburg ihr angetragene Stelle nicht hat antreten können.

---

## 61.

### Ueber die actio finium regundorum.

1. (Me. 684/1862.) Ein Privatmann besaß in der Stadt Schwerin ein ihm zugehöriges Haus mit Hofraum innerhalb bestimmter Grenzen und zwar wurde dies Grundstück an der hinteren Seite des Hofes durch eine Mauer von dem im landesherrlichen Eigenthume befindlichen s. g. Alten-Garten getrennt, dessen unmittelbar an die Mauer stoßender Theil als Straße benutzt war. Als nun der Dr. B., als Procurator der obersten Verwaltungsbehörde des Großherzoglichen Haushalts, gegen den erwähnten Hauseigenthümer klagend einen bestimmt bezeichneten Theil des von diesem besessenen Hofes als zum Alten-Garten gehörig für den Landesherrn in Anspruch nahm und um eine entsprechende richterliche Feststellung der Grenze bat, wurde im Widerspruch mit dem Erkenntnisse des Magistratsgerichts zu

Schwerin sowohl von der Justiz-Canzlei daselbst, als auch vom Oberappellations-Gerichte die actio finium regundorum für begründet erklärt und demgemäß dem Kläger (abgesehen von anderen nicht weiter interessirenden Beweisen) rechtskräftig der Beweis aufgelegt, daß die Grenze in der von ihm angegebenen (im Interlocut näher bezeichneten) Linie laufe. — Die Gründe des bezüglichen Erkenntnisses des Oberappellations-Gerichts vom 3. Juli 1862 lauten also:

Wenn auch das besondere Interesse, welches die actio finium regundorum für den Eigenthümer vor der rei vindicatio voraus hat, vornehmlich darin besteht, daß durch sie eine Herstellung des dem Eigenthumsrechte entsprechenden richtigen Besitzstandes in Beziehung auf das gegenseitige Verhältniß benachbarter Grundstücke auch dann erreicht werden kann, wenn deren richtige Begrenzung nicht bloß unkenntlich, sondern auch so unsicher geworden ist, daß Keiner der Anlieger dieselbe mit Gewißheit anzugeben sich getraut, also eine völlige Verdunkelung der wahren Grenzen oder eine Grenzverwirrung im eigentlichsten Sinne eingetreten ist, ebenso durch sie nicht nur eine Wiederherstellung und äußere Abmarkung der richtigen Grenze, sondern auch bei vorhandener Unerkennbarkeit oder Unzweckmäßigkeit derselben eine durch gegenseitigen Austausch zu bewirkende Feststellung einer neuen Grenze herbeigeführt werden kann, mithin diese Klage in so fern die Bedeutung einer Grenzregulirungsklage hat — vergl. Rudorff über die Grenzscheidungsklage, Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft Bd. 10 Seite 366 f. — so ist ihr Zweck und ihre unterscheidende Eigenthümlichkeit von der rei vindicatio doch keinesweges hierauf beschränkt; vielmehr besteht diese, wie derselbe Schriftsteller gleichfalls — a. a. O. Seite 369 ff. — treffend ausführt, weiter auch darin, daß, wo in Folge einer vorgekommenen Usurpation ein Theil eines benachbarten Grundstücks zu dem unmittelbar daran stoßenden gezogen ist, bei übrigens feststehenden Eigenthumsverhältnissen der darüber entstandene Streit durch Berufung auf die ursprüngliche Begrenzung der betreffenden Grundstücke und durch den Nachweis und die Ermittelung des richtigen Grenzzuges seine

Richtung, wie seine Entscheidung erhält. Demgemäß liegt denn auch der im älteren Rechte in Beziehung auf das Verfahren, wie in Beziehung auf die Beachtlichkeit einer etwa behaupteten Ersitzung so bedeutsame Unterschied der controversia de fine, bei welcher sich der Grenzstreit innerhalb des fünffüßigen zur Pflugwende bestimmten Grenzraums hielt, und der controversia de loco, bei welcher nach Maßgabe der richtigen Begrenzung ein größeres im Besitze des einen Grundnachbarn befindliches Stück von dem andern Grundnachbarn als zu dem seinigen gehörig und vermöge einer Statt gefundenen Verrückung der Grenze von demselben abgekommen in Anspruch genommen ward — vergl. Rudorff gromatische Institutionen, im zweiten Bande von Dessen, Blume's und Lachmann's Ausgabe der Schriften der Römischen Feldmesser, Seite 433 bis 445 — keineswegs etwa darin, daß bei jener ersteren Art des Grenzstreites eine Verdunkelung der richtigen Grenze und der Mangel eines festen Besitzstandes in Beziehung auf das streitige Stück wesentlich erforderlich gewesen wäre, wenn dieser Fall auch hier gerade häufiger vorkommen mochte, sondern es lag in beiden Fällen ein Streit über das Recht an den behauptetermaßen von dem einen oder dem anderen Grenznachbarn occupirten Landstücken vor, bei welchem es sich um die Herausgabe dieser Stücke auf Grund des daran zustehenden Rechtes handelte. Darum hat auch, wie Rudorff über die Grenzscheidungsklage a. a. O. Seite 378 bemerkt, der Beweissatz, dessen Erbringung in erster Reihe die Partei zu übernehmen hat, welcher die Rolle des Klägers zufällt, regelmäßig also diejenige, welche auf Grenzregulirung provocirt, bei der actio finium regundorum mit der reinen Vindication das Gemeinsame, daß er nicht auf den Besitz, sondern das Recht an den streitigen Stücken gerichtet ist, weicht aber darin ab, daß er nicht etwa die Entstehung des Rechts an den Grundstücken, für welche geklagt wird, sondern die Größe seines Objectes oder die Grenze im Augenblicke des erhobenen Processes zum Gegenstande hat, indem es bei vorhandener Unbestrittenheit der an den benachbarten Grundstücken Statt findenden Eigenthumsrechte nur noch auf die Frage an-

kommt, zu welchem derselben die streitigen Stücke als Theile gehören, oder wo zwischen ihnen die Grenze ist. Der Ausspruch der l. 1 D. finium regundorum (10, 1), daß die actio finium regundorum, obwohl eine persönliche Klage, dennoch — in Beziehung auf ihre Begründung und Wirksamkeit — die Stelle der rei vindicatio vertritt, galt daher in Beziehung auf beide Arten des Grenzstreites, und ist hieran auch überall dadurch Nichts geändert worden, daß im Justinianeischen Rechte beide Fälle in Beziehung auf ihre processualische, wie in Beziehung auf ihre materiell rechtliche Behandlung in so fern einander gleichgestellt sind, daß in beiden der ordentliche Richter, nöthigen Falls unter Zuziehung von Feldmessern als Sachverständigen, die Entscheidung trifft und die bei der controversia de fine unzulässige Berufung auf jegliche Art von Ersitzung in so fern auf die controversia de loco übertragen worden ist, als auch bei ihr die Berufung auf die ordentliche Ersitzung ausgeschlossen, auf der anderen Seite dagegen aber auch bei der controversia de fine, so weit es sich um die Herausgabe der in fremden Besitz gekommenen Stücke handelt, die Berufung auf die außerordentliche Ersitzung resp. die 30jährige Klagenverjährung für zulässig erklärt ist, weshalb außer auf die angeführte Stelle aus Rudorffs Gromatischen Institutionen auf die ausführlichere Darstellung dieser Entwickelung in Dessen Aufsatze über die Grenzscheidungsklage, a. a. O. Seite 393—412, verwiesen werden kann.

Die von der sententia a qua verworfene Annahme der sententia I., daß die actio finium regundorum nur da zulässig, wo ein Zustand eigentlicher Grenzverwirrung, d. h. absoluter Ungewißheit über den richtigen Grenzzug vorhanden, dagegen da ausgeschlossen sei, wo unter Berufung auf die richtige Begrenzung ein im anerkannten Besitze des Beklagten befindliches Stück Land als zu dem Grundstücke des Klägers gehörig in Anspruch genommen wird und zu diesem zurückgezogen werden soll, findet daher weder in dem ursprünglichen Wesen dieser Klage, noch in der geschichtlichen Entwickelung des ganzen Instituts ihre Begründung, welches wesentlich auf die Beseitigung

eingetretener Grenzverrückungen und der damit verbundenen widerrechtlichen Anmaßungen abzielte.

Ebenso hat die sententia a qua weiter mit Recht angenommen, daß auch die sonstigen Voraussetzungen der principaliter angestellten Grenzscheidungsklage hier vorhanden sind. Der betreffende Theil des beklagtischen Hofraums wird von dem Kläger als zu dem Alten-Garten vermöge der ursprünglichen Begrenzung desselben gehörig in Anspruch genommen. Daß der Alte-Garten im landesherrlichen Eigenthume steht, wird von dem Beklagten überall nicht bestritten; und wenn auch jener selbst durch Gestattung des Landesherrn als öffentlicher Platz, gleichwie der unmittelbar an das vom Beklagten besessene Grundstück anstoßende Theil desselben als öffentliche Straße benutzt wird, so hat doch dadurch weder der Alte-Garten selbst noch auch der zur Straße benutzte Theil desselben aufgehört im Eigenthume des Landesherrn zu stehen, und ist daher auch durch die diesem letzteren Theile gegebene Bestimmung weder die Continuität des Grundstücks, zu welchem er gehört, unterbrochen, noch auch dessen Contiguität an das Grundstück des Beklagten in solcher Weise aufgehoben, daß in Folge davon der vom Kläger in Anspruch genommene Abschnitt des Hofes des Beklagten, selbst wenn er im Besitze des Klägers geblieben wäre, nicht mehr als Theil des Alten-Gartens, sondern nur noch als ein selbständig für sich dastehendes Grundstück hätte betrachtet werden können und folgeweise jetzt als durch diese Straße vom Alten-Garten geschieden nach Maßgabe der l. 4 §. 11, l. 5 D. finium regundorum (10, 1) auch nicht mehr als Theil dieses Letzteren unter Berufung auf dessen ursprüngliche Ausdehnung und richtige Begrenzung mittels der actio finium regundorum in den Besitz des Klägers zurückgezogen werden könnte. Daß aber die städtische Lage beider an einander stoßender Grundstücke die Anwendlichkeit dieser Klage nicht ausschließt, ist nach der ausdrücklichen Entscheidung der l. 4 §. 10 D. eod. nicht füglich zu bezweifeln, da sie in gleicher Weise, wie sie bei auf dem Lande belegenen unmittelbar an einander stoßenden Gebäuden diese

Klage für unanwendlich, so umgekehrt dieselbe für zulässig erklärt, wo in der Stadt die Grenze darin befindlicher Gärten, also unbebauter Grundstücke, sich berührt, „hortorum latitudo contingit“, diese Gärten also nicht etwa, wie in dem einen der beiden in der l. 198 D. de verborum significatione (50, 16) sich gegenübergestellten Fälle vorausgesetzt wird, von einem Gebäude gänzlich eingeschlossen sind. Denn es ist ein offenbares Mißverständniß des Beklagten, wenn er den Ausdruck: hortorum latitudo so deuten will, als sei hier, wie am Schlusse der l. 198 D. cit. von größeren Nutzgärten, oder wohl gar von ausgedehnten in der Stadt oder vor derselben belegenen Ackerflächen die Rede, da der Ausdruck „latitudo“ — wie aus Rudorff über die Grenzscheidungsklage a. a. O. Seite 371 Note 16 zu ersehen ist — hier, wie in anderen Stellen mit finis gleichbedeutend gebraucht wird. Und ebenso ist es eine durchaus falsche petitio principii, wenn Beklagter behauptet, was von der Hauptsache gilt, müsse nothwendig auch von der Pertinenz gelten, da die Pertinenzqualität immer nur in einzelnen bestimmten Beziehungen rechtliche Wirksamkeit äußert.

2. (Ro. 597/1859.) In dem Rechtsstreite des Gutsbesitzers R. auf P. wider den Gutsbesitzer v. C. auf E. ging das Oberappellations-Gericht von ganz gleichen Grundsätzen aus und rechtfertigte in den Gründen des Erkenntnisses vom 26. April 1860 die Aufrechterhaltung der Klage, mittels deren der Gutsbesitzer v. C. eine bestimmte von dem Beklagten besessene Fläche Landes als zu seinem, des Klägers Gute gehörig in Anspruch nahm, folgender Maßen:

1. Der gegenwärtige Rechtsstreit entspricht allen Voraussetzungen einer mit der actio finium regundorum auszumachenden controversia de loco. Der streitige Landstrich wird vom Kläger nicht als ein selbständiges Grundstück (fundus), sondern als Theil seines Nebengutes H., mithin als ein bloßer locus in Anspruch genommen,

l. 60 pr. §. 2 D. de verborum significatione (50, 16)

und liegt in confinio der beiderseitigen praedia rustica H. und P.

l. 4 §. 10 D. hoc tit. (10, 1).

Es ist also eine zwischen diesen beiden Landgütern obschwebende Grenzirrung vorhanden, welche darin besteht, daß jeder von beiden Eigenthümern behauptet, das in der Mitte liegende streitige Stück befinde sich innerhalb seiner Gutsgrenze. Die ältere Ansicht, welche die actio finium regundorum bloß deshalb, weil dieselbe unter die judicia divisoria gerechnet wird, auf die Fälle einer völligen, nur durch die Annahme einer Rechtsgemeinschaft und ein darauf gebautes Theilungsverfahren zu lösenden Grenzverwirrung beschränken wollte, findet in den Gesetzen keine Begründung und steht damit in Widerspruch, daß der nächste Zweck der Grenzscheidungsklage nicht darauf geht, eine neue Grenze zu ziehen, sondern die bereits vorhandene aufzusuchen und zu fixiren. Das Bedürfniß einer solchen Regulirung, welches diese Klage ihrer Intention nach befriedigen soll, ist gegeben, wenn die richtige Grenze aus irgend einem Grunde ungewiß ist, mögen die Parteien selbst darüber ganz im Unklaren sein, oder mögen sie über zwei bestimmte Grenzlinien, also über den von diesen Linien umschlossenen locus streiten. Daß in einem Falle der letzteren Art die actio finium regundorum durch die rei vindicatio, sofern deren Voraussetzungen gleichfalls da sind, verdrängt werde, ist aus der l. 1 D. hoc tit. (10, 1) nicht zu entnehmen, auch wird sonst in den Quellen nirgend angedeutet, daß die Grenzscheidungsklage nur in subsidium zur Anwendung komme.

Die Entscheidungsgründe des erwähnten Erkenntnisses enthalten außerdem folgende — die Theorie der actio finium regundorum betreffende — Sätze:

4. — — Es ist nicht zweifelhaft, daß nach dem auf der l. 6 C. hoc tit. (3, 39) beruhenden heutigen Rechte die Berufung auf die der usucapio nachgebildete longi temporis praescriptio der actio finium regundorum gegenüber auch dann nicht mehr Statt findet, wenn der Streit einen locus

betrifft, während nach älterem Rechte nur bei der controversia de fine die Usucapion unberücksichtigt blieb.

Cfr. Rudorff, über die Grenzscheidungsklage. — Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft Bd. 10 Seite 343 ff.,

Unterholzner, Verjährungslehre, ed. Schirmer Bd. I. §. 53, 54.

Es unterscheidet sich also nunmehr die mit der actio finium regundorum ventilirte controversia de loco von der rei vindicatio auch dadurch, daß dort Eigenthumsveränderungen, welche durch ordentliche Ersitzung herbeigeführt sind, überall nicht in Betracht kommen, und daß der Kläger, welcher den streitigen Grenzstrich nicht mehr vindiciren könnte, weil der Gegner denselben bona fide et justo titulo per longum tempus besessen hat, dessen Herausgabe gleichwohl mit der persönlichen Klage auf Grenzberichtigung fordern kann, so lange ihm nicht die in der l. 6 cit. ausdrücklich zugelassene praescriptio XXX. annorum entgegensteht. — — —

7. — — — Es gilt nach dem klaren Wortlaute des §. 2 der l. 4 D. hoc tit. bei der actio finium regundorum, ebenso wie bei der rei vindicatio, die Regel, daß der Beklagte die vor der Litiscontestation bereits consumirten Früchte nur dann ersetzt, wenn er dieselben mala fide percipirt hatte. Der von demselben Schriftsteller herrührende und sogar in demselben Buche vorkommende generelle Ausspruch der l. 56 familiae erciscundae (10, 2), daß nicht bloß bei der Grenzscheidungsklage, sondern auch bei der Erbtheilungsklage die Früchte der vergangenen also vor der Litiscontestation liegenden Zeit in Betracht kommen, kann hiernach natürlich nur so verstanden werden, daß die näheren Bestimmungen als bereits bekannt vorausgesetzt sind.

Rudorff, a. a. O. Seite 389 f.

---

## 62.

## Beitrag zur Lehre von den Voraussetzungen der aquilischen Klage. Gi. 404/1858.

Der Maurergeselle G. zu S. errichtete im Jahre 1851 auf einem von ihm angekauften innerhalb der Stadt belegenen Platze

einen Neubau. Schon damals befand sich in ganz geringer Entfernung von diesem Grundstücke auf dem Bürgersteige ein öffentlicher Brunnen, der indessen wegen seines äußerst geringen Wassergehaltes sich als völlig ungenügend erwies. Die Anwohner baten den Magistrat um Hebung dieses Uebelstandes, und in Folge dessen wurde der Brunnen, ungeachtet der Protestation des G., daß das Fundament seines Gebäudes dadurch den nöthigen Halt verlieren werde, um 46 Fuß vertieft. In der That ist die dem Steige zugekehrte Giebelwand des Hauses seitdem bedeutend gewichen und hat große Risse bekommen, so daß ein nicht unerheblicher Schade bereits entstanden und ein größerer noch zu fürchten ist. Für diese seiner Behauptung nach durch die Vertiefung des Brunnens herbeigeführte Beschädigung macht G. den Magistrat verantwortlich und fordert von demselben Ersatz. Die vom Beklagten opponirten Einreden sind aus der nachfolgenden oberappellationsgerichtlichen Entscheidung zu entnehmen, durch welche die in erster Instanz erfolgte Abweisung des Anspruchs aufgehoben und dem Kläger der Beweis auferlegt wurde, daß die in den Anlagen zur Klage erwähnten baulichen Mängel durch die geschehene Senkung des Brunnens herbeigeführt seien.

## Gründe.

1. — — Die erhobene Klage ist nur dann rechtlich begründet, wenn sie den Voraussetzungen einer actio legis Aquiliae utilis, oder einer actio in factum legi Aquiliae accommodata, wie der Appellant selbst sie aufgefaßt wissen will, entspricht. Unter einen anderen rechtlichen Gesichtspunkt läßt sich dieselbe nicht bringen. Die vom beklagten Magistrate angeordnete Vertiefung eines öffentlichen Brunnens, welcher neben dem Grundstücke des Klägers auf einem öffentlichen Wege liegt, enthält keinen Eingriff in das Eigenthum des Klägers und ist unbestrittenermaßen nothwendig gewesen, um in dem Brunnen einen den Bedürfnissen der Anwohner genügenden Wassergehalt zu erzielen. Gegen die Ausführung dieser gemeinnützigen Maßregel hat der Kläger seiner eigenen Angabe nach Nichts einzu-

wenden gehabt; er hat nicht verlangt, daß dieselbe unterbleibe, sondern sich damit begnügt, gegen etwanige Beschädigungen seines Grundstücks außergerichtlich Verwahrung einzulegen, und eventuell sich alle ihm zustehenden Ersatzansprüche zu reserviren. Ist nun in Folge der Vertiefung des Brunnens das Fundament der angrenzenden Giebelwand des klägerischen Hauses gesunken, und hat das Gebäude dadurch die in Anlage C und D der Klage beschriebenen Fehler erhalten, so hat der Beklagte in Ermangelung eines anderen Verpflichtungsgrundes den angerichteten Schaden nur dann zu ersetzen, wenn derselbe als ein damnum injuria datum im rechtlichen Sinne des Wortes sich darstellt.

2. — Eine jede ex sententia legis Aquiliae zu gewährende Klage setzt voraus, daß die Schaden stiftende Handlung, wenn sie nicht geradezu rechtswidrig war, sondern zu den an sich erlaubten gehörte, nicht mit derjenigen Vorsicht ausgeübt wurde, welche dabei nach dem Grade ihrer Gefährlichkeit von einem achtsamen Menschen zur Verhütung möglichen Schadens beobachtet wird. Unter dieser Voraussetzung kann sogar eine Handlung, welche nicht allein völlig erlaubt ist, sondern unmittelbar als Geltendmachung eines wohlerworbenen Privatrechts sich darstellt, zum Schadensersatze verpflichten. Wer auf seinem Grundstücke ein Bauwerk aufführt, oder eine sonstige mit dem Boden zusammenhangende Anlage macht, ist allerdings, weil er nur sein ihm als Eigenthümer zustehendes Recht ausübt, für die den Nachbaren daraus entspringenden Nachtheile im Allgemeinen nicht verantwortlich, aber er hat wenigstens darauf mit aller Sorgfalt zu sehen, daß er durch die Errichtung seines Werkes die körperliche Integrität des angrenzenden Grundstücks nicht verletze. Läßt er es in dieser Beziehung an der erforderlichen Vorsicht fehlen, so haftet er für den angerichteten Schaden nach aquilischen Grundsätzen, weil er durch culposes Handeln eine fremde körperliche Sache beschädigt hat. Daß der Eigenthümer eines tadellos und ungefährlich angelegten opus für die Beschädigung, welche dasselbe lediglich durch das Unterbleiben der nöthigen Reparaturen dem benachbarten Grundstücke zufügt, nicht ex lege Aquilia, sondern nur auf Grund eines von dem ge-

fährdeten Nachbarn ob damnum infectum zu erwirkenden Indemnisationsversprechens einzustehen hat, ist bekannt und erklärt sich ja eben daher, daß in diesem Falle nur von einem culposen Unterlassen die Rede sein könnte, mithin das Requisit einer imputablen Thätigkeit fehlt.

3. — Freilich bleibt auch dann, wenn es sich um Errichtung eines neuen, oder Umgestaltung eines schon bestehenden Werkes handelt, immer noch die Frage zu beantworten, wie weit der Bauende die dabei anzuwendende Aufmerksamkeit und Umsicht zu erstrecken habe. Man könnte meinen, er thue genug, wenn er sein opus nur überhaupt fehlerfrei construire, und brauche auf die individuelle Beschaffenheit der anstoßenden Grundstücke, namentlich auf die dort bereits vorhandenen opera manu facta keine Rücksicht zu nehmen. Diese Meinung scheint auch eine positive Unterstützung in der den vorliegenden Fall speciell behandelnden l. 24 §. 12 D. de damno infecto (39, 2) zu finden, indem diese Stelle nur von der cautio damni infecti, also von demjenigen Auskunftsmittel spricht, welches regelmäßig nur dazu dient, eine anderweitig nicht zu begründende Schadensklage zu gewähren. Im heutigen Rechte hat indessen der von der Juristenschule der Sabinianer aufgestellte Lehrsatz, daß jene Präventivmaßregel schlechterdings nur subsidiäre Anwendung leide,

l. 32 in fin. h. t.

keine unbedingte Geltung mehr,

Cfr. l. 18 D. de servitut. praed. urbanor. (8, 2),
l. 27 §. 10 D. ad legem Aquil. (9, 2),
l. 1 §. 5 D. de ripa munienda (43, 15),

und es fehlt daher an einem ausreichenden Grunde die aquilische Klage, wenn deren Voraussetzungen gegeben sind, bloß deshalb zu versagen, weil im concreten Falle die Statthaftigkeit einer Cautionsforderung ob damnum infectum gesetzlich anerkannt ist. Sieht man nun von diesem nicht entscheidenden Gegengrunde ab, so enthält die l. 24 §. 12 cit. ein desto wichtigeres Argument für die Zulassung der Klage, indem sie es für ein vitium operis erklärt, wenn der Brunnen so tief gegraben

wird, daß die Wand des Nachbarn nicht stehen kann. Hiemit ist nämlich ausgesprochen, daß bei einer solchen Anlage nicht bloß für deren fehlerfreie Construction zu sorgen, sondern auch die Haltbarkeit der auf dem benachbarten Grundstücke ruhenden Bauwerke in Erwägung zu ziehen sei. Daraus folgt, daß der Bauende es auch in dieser Hinsicht an der durch die obwaltenden Verhältnisse gebotenen Vorsicht nicht fehlen lassen darf, und er hat daher für die Beschädigungen, welche er durch ein in dieser Richtung fahrlässiges Handeln einer fremden körperlichen Sache zufügt, ob damnum injuria datum zu haften.

4. — Demnach ist — — die Klage begründet; sie bedarf aber noch des Beweises, da der Beklagte ausdrücklich geleugnet hat, daß die von ihm in dem angegebenen Maße geständlich vorgenommene Vertiefung des Brunnens die an der Giebelwand des gegnerischen Hauses hervorgetretene Baufälligkeit veranlaßt habe. Uebrigens mußte eine Grabung von so bedeutendem Umfange den Beklagten schon von selbst zur äußersten Vorsicht veranlassen; daneben ist er vom Kläger nach dessen unbestritten gebliebener Angabe noch besonders auf die dem beschädigten Hause drohende Gefahr aufmerksam gemacht und kann sich unter diesen Umständen auch nicht darauf berufen, daß der Kläger selbst zu denjenigen Anwohnern der Straße gehört habe, deren Beschwerde über Wassermangel das Motiv zur Vertiefung des Brunnens gewesen ist. Ohnehin würde es sich von selbst verstehen, daß der Kläger nur eine ohne Gefährdung seines Hauses ausführbare Maßregel im Sinne gehabt habe.

In Betreff des directen Gegenbeweises, welcher namentlich auch die positive Behauptung des Beklagten ergreift, daß das Haus des Klägers in Folge der unsoliden Bauart, also durch seine eigene Haltlosigkeit gesunken sei, ist zu bemerken, daß der Kläger den erlittenen Schaden allerdings lediglich seiner eigenen Fahrlässigkeit zuzuschreiben haben würde, wenn er sein Gebäude nicht so fest gegründet haben sollte, wie es die Localität und namentlich die Rücksicht auf den in nächster Nähe bereits vorhandenen Brunnen nöthig machte; allein auf eine so bedeutende Vertiefung desselben, wie sie jetzt vorgenommen ist, brauchte er

nicht zu rechnen, weil dadurch der Brunnen so wesentlich umgestaltet wurde, daß er einer ganz neuen Anlage gleich zu stellen ist.

---

## 63.

## Wann findet die officielle Untersuchung der Injurien nach gemeinem und Mecklenburgischem Rechte Statt?

Das Oberappellationsgericht spricht sich in dem unterm 10. Mai 1860 an die Großherzogliche Landes-Regierung zu Neustrelitz erstatteten Berichte folgender Maßen aus:

Das justinianeische Recht gestattet dem von einer Injurie Betroffenen zwar allgemein die Wahl zwischen einer Civilklage auf eine Privatstrafe und einer Criminalklage auf eine poena publica,

vergl. §. 10 J. de injur. (4, 4)

hält aber an der ursprünglich römischen Auffassung der Injurie als eines Privatdelictes darin fest, daß es ein Einschreiten des Richters regelmäßig von dem Antrage des Beleidigten abhängig macht und eine Ausnahme hiervon nur in einzelnen ausgezeichneten Fällen (bei Injurien der Descendenten gegen Ascendenten, bei Schmähschriften und Pasquillen, bei rechtswidrigen Kränkungen ganzer Gemeinden und bei Beleidigung eines in Amtsfunctionen befindlichen Geistlichen oder Kirchendieners) gestattet.

l. 1 §. 2 de obsequ. praest. (37, 15)
l. 5 §. 9 de injur. (47, 10)
l. 1 §. 1 de extraord. crimin. (47, 11)
l. 10 C. de episcop. (1, 3)

Ob und wie weit die eben erwähnte Regel des römischen Rechtes mit den bestimmt begrenzten Ausnahmen noch nach Ausbildung des Inquisitionsprocesses anwendlich geblieben sei, hat innerhalb des gemeinen Rechtes von jeher einen Gegenstand der Controverse gebildet. Die ältere Doctrin und Praxis neigte sich in dem Maße zur Erweiterung des officiellen Untersuchungsverfahrens, daß Carpzow (Practica Nova Rer. Crim. P. II. Qu. XCVI.) nicht Anstand nahm, mit Bezug auf das Zeugniß

des Julius Clarus eine allgemeine Gewohnheit zu behaupten, nach welcher der Richter in allen Fällen zur strafrechtlichen Verfolgung der Injurien von Amtswegen befugt sei. Fehlte es freilich nicht an Nachfolgern dieser Ansicht Carpzow's, so war doch nicht allein das angebliche allgemeine Gewohnheitsrecht unerweislich, sondern stellte sich auch der Versuch Leyser's (Meditat. ad Pand. Spec. 542 med. 5), den Inhalt desselben unmittelbar aus dem römischen Rechte herzuleiten, als unhaltbar dar und machte sich bei der Rechtsanwendung mit Nothwendigkeit das Bedenken geltend, daß das Gebiet des öffentlichen Strafrechtes über die durch die Natur der Sache gebotenen Grenzen ausgedehnt werden würde, wenn der Richter genöthigt sein sollte wegen jeder Injurie ohne Antrag eine Untersuchung einzuleiten. Die Bekämpfung der Carpzowschen Theorie durch A. D. Weber (Ueber Injurien und Schmähschriften Abth. II. S. 70 ff., besonders S. 81 ff.) war daher eben so berechtigt wie erfolgreich und wurde in Folge der an den Resultaten des neuesten römischen Rechts festhaltenden Ausführungen des Letzteren in der späteren gemeinrechtlichen Doctrin selbst die von Joh. Sam. Friedr. Böhmer (ad Carpzov. loc. cit. Obs. I.) vertheidigte und im Wesentlichen von Quistorp (Grundsätze des deutschen peinlichen Rechts Bd. I. Abth. 2, §. 303, Seite 179, Aufl. 6) gebilligte Mittelmeinung, derzufolge nur bei schwereren Injurien (injuriae atrociores) eine Untersuchung von Amtswegen zulässig sein sollte, verworfen. Die Lehrer des Criminalrechts haben demgemäß bis in die neueste Zeit hinein rücksichtlich des in Frage stehenden Punktes überwiegend das römische Recht festgehalten,

vergl. Martin, Lehrbuch des gemeinen Criminalrechts. §. 169,
Feuerbach, Lehrbuch des peinlichen Rechts, §. 292 und
Mittermaier, ebendaselbst not. I.
Henke, Handbuch des Criminalrechts, §. 128
Abegg, Lehrbuch der Strafrechtswissenschaft, §. 301 ff.
Heffter, Lehrbuch des Criminalrechts, §. 307

und nur Einzelne wagen, wie Marezoll (Das gemeine Deutsche Criminalrecht, §. 126) eine Ausdehnung der l. 1 §. 1 de extraord. crim. (47, 11) auf alle — einen öffentlichen Scandal er-

regenden Injurien, oder bezeichnen wie Roßhirt (Lehrbuch des Criminalrechts §. 196) die Bestrafung von Amtswegen generell als die Consequenz des jetzt geltenden Rechtssystems. Die dargelegte Entwickelung der gemeinrechtlichen Theorie vermochte indeß nicht die Abweichungen der Particularrechte zu beseitigen, welche sich in Uebereinstimmung mit der Mittelmeinung von Joh. Sam. Friedr. Böhmer bildeten.

vergl. Köstlin, Abhandlungen aus dem Strafrechte S. 91.

In Mecklenburg besteht schon seit langer Zeit eine ganz feste Praxis für die officielle Bestrafung der injuriae atroces. Wie dieselbe nach der inneren Seite auf dem Bedürfnisse der öffentlichen Rechtsordnung beruht, welches ein von der Klage des Injuriirten unabhängiges Einschreiten des Strafrichters in den Fällen schwererer und insbesondere mit einem öffentlichen Aergernisse verbundener Beleidigungen fordert, so steht dieser Praxis in äußerer Beziehung nicht allein die bestimmte landesherrliche Resolution vom 16. Juli 1701 ad gravam. 10 class 6 additam. (Parchimsche Gesetzsammlung Bd. 3 S. 136) zur Seite, sondern hat auch das für Mecklenburg gültige kaiserliche Duelledict von 1668 zur Befestigung derselben dadurch beigetragen, daß es zur Verhütung von Duellen eine Bestrafung des Beleidigers ohne vorhergehende Klage des Beleidigten fordert, und darf endlich die der gedachten Praxis entsprechende Bestimmung des Rostocker Stadtrechts Th. 4, Tit. 4, Art. 10 als ein Ausdruck der bereits zur Zeit der Publication desselben herrschenden Rechtsansicht bezeichnet werden.

Das Oberappellationsgericht hat in Uebereinstimmung mit dem Vorstehenden constant in mehrfachen — sich bis auf die jüngste Zeit erstreckenden — Entscheidungen injuriae atroces als zur officiellen Untersuchung geeignete Straffälle behandelt, dagegen geringere Beleidigungen aus dem Gebiete des von Amtswegen wahrzunehmenden Strafrechts ausbeschieden. Uebrigens wird der Richter — der Natur der Beleidigung als eines Privatdelictes gemäß — auch hinsichtlich der injuriae atroces nur in den Fällen eines gegebenen öffentlichen Aergernisses das inquisitorische Verfahren ohne die Anzeige des Beleidigten einzu-

leiten, sonst aber eine solche Anzeige abzuwarten haben. Daneben unterliegt es keinem Zweifel, daß der Beleidigte wegen der nicht unter den Gesichtspunkt der atroces fallenden geringeren Injurien im Wege des durch das kaiserliche Duelledict vorgeschriebenen summarischen Verfahrens auf öffentliche Strafe klagen kann, falls er nicht eine Beschränkung seines Gesuches auf die sonstigen bekannten Satisfactionsmittel vorzieht, wogegen die Klage auf die öffentliche Strafe, jedoch nicht diejenige auf die Privatgenugthuung, wegfällt, wenn der Richter wegen der Schwere der Beleidigung auf eine officielle Untersuchung eingeht.

— — — — — — — — — — — —

---

(Lu. 524/1862.) Mittels Bescheides vom 21. Juli 1862 erklärte das Oberappellationsgericht in dem Falle einer schweren thätlichen Injurie mit Bezug auf den auch nach dem Regiminalrescript vom 21. Januar 1839 unverändert beibehaltenen Gerichtsgebrauch die Beschwerde für unbegründet, welche der Injuriant (ein Gutsbesitzer) darüber erhoben hatte, daß statt officieller Untersuchung der fiscalische Anklageproceß gegen ihn eingeleitet war.

---

## 64.

## Wegen Züchtigung eines Schulkindes findet gegen den Lehrer die Injurienklage nicht statt.

To. 261/1860.

Aus dem Querelbescheide vom 19. April 1860:

Eine ästimatorische oder auf Abbitte gerichtete Injurienklage kann gegen einen Lehrer wegen Züchtigung eines Schulkindes überall nicht für statthaft gehalten werden, weil dem Lehrer eines Kindes das Züchtigungsrecht für die Schulzeit zugestanden werden muß, hiedurch aber die Annahme eines animus injuriandi ausgeschlossen wird, und ist nur die actio legis Aqui-

liae wegen eines durch übermäßige Züchtigung verursachten Schadens statthaft. *)

---

## 65.

**Ein eigener Sichtwechsel braucht zur Erhaltung des Wechselrechtes gegen den Aussteller diesem nicht innerhalb der im §. 31 der Allgemeinen Deutschen Wechselordnung vorgeschriebenen Frist von zwei Jahren zur Zahlung präsentirt zu werden.**

Fe. 404/1858.

Aus den Gründen des Bescheides vom 30. Juni 1862:

Nach der allgemeinen Deutschen Wechsel-Ordnung dienen Präsentation und Protesterhebung regelmäßig nur zur Sicherung des Regresses gegen den Trassanten und die Indossanten, und es bedarf derselben daher zur Erhaltung des Wechselrechts gegen den Acceptanten, mit Ausnahme des Falles im Art. 43, nicht. Der Aussteller eines eigenen Wechsels wird in dieser Beziehung dem Acceptanten gleich behandelt, so daß ihm gegenüber ein Protest nur im Falle des Art. 99 erforderlich wird, und bei einem eigenen Wechsel nur die Regreßansprüche gegen die Indossanten verloren werden. — Auch in den Art. 31 und 19 ist bei unterbliebener rechtzeitiger Präsentation nur der Verlust des wechselmäßigen Anspruches gegen die Indossanten und den Aussteller — Trassanten — gedroht; und wenn damit auch gewöhnlich der ganze Anspruch aus dem Wechsel verloren wird, weil in den gedachten Fällen in der Regel kein Acceptant vorhanden ist, so zeigen doch die im Art. 20 für den Fall, daß der Bezogene zwar acceptirt, aber die Datirung des Accepts verweigert, enthaltenen Vorschriften, daß auch hier nach Verlust des Rechts gegen den Trassanten und die Indossanten noch ein Anspruch gegen den Acceptanten bei Bestand bleiben kann. – Der Aussteller eines eigenen Wechsels muß daher auch in diesem Falle

*) vergl. auch l. 5 §. 3 — l. 7 pr. ad leg. Aquil. (9, 2).

dem Acceptanten gleich behandelt werden, weil ein eigener Wechsel nicht einen Zahlungsauftrag, der den Beauftragten bis zur erfolgten Acceptation nicht verbindet, sondern ein sofort verbindliches Zahlungsversprechen des Ausstellers enthält. Allerdings steht dem Aussteller eines eigenen Wechsels frei sein Zahlungsversprechen zu beschränken, folglich auch bei Ausstellung eines Sichtwechsels eine Präsentationsfrist in der Weise vorzuschreiben, daß ihre Innehaltung den Charakter einer Bedingung für das in dem Wechsel enthaltene Zahlungsversprechen annimmt. Daraus aber folgt noch nicht, daß auch der gesetzlichen zweijährigen Präsentationsfrist bei einem unbedingt lautenden Zahlungsversprechen eine solche Bedeutung beizulegen ist. Aus der Fassung des Art. 98 ist das Gegentheil gleichfalls nicht zu entnehmen, weil die Art. 19, 20 und 31 nur von Regreßansprüchen reden, und es der besonderen Hervorhebung, daß solche bei einem eigenen Wechsel nur gegen die Indossanten denkbar sind, nicht bedurfte.

---

## 66.

## Eigene Wechsel an eigene Ordre haben keine Wechselkraft. Ke. 1127/1860.

Der vom Oberappellationsgerichte unterm 30. August 1860 erlassene Querelbescheid spricht aus:

Da dem Begriffe des obligatorischen Forderungsrechtes zufolge die Existenz desselben durch eine Verschiedenheit in den Personen des Gläubigers und des Schuldners bedingt wird, so muß consequent der Rechtsact für nichtig erklärt werden, durch welchen Jemand es unternimmt, sich zugleich zu seinem eigenen Schuldner und zu seinem eigenen Gläubiger zu constituiren, und ist eine Ausnahme von diesem, durch die Natur der Sache für das ganze Gebiet des Obligationenrechtes geforderten Rechtssatze auch für das Wechselrecht schlechthin undenkbar. Daß nach Art. 6 der Deutschen Wechselordnung der Aussteller eines trassirten Wechsels sich selbst als Remittenten benennen kann, hat

nichts Auffallendes, da die Tratte nicht die Form eines Schuldscheines, sondern eines Zahlungs**auftrages** hat, und der Trassant durch die wechselmäßige Annahme seines Auftrags Wechselgläubiger des Acceptanten wird. Dagegen drückt ein an eigene Ordre gestellter trockner Wechsel ein Zahlungs**versprechen** aus, welches der Aussteller sich selbst ertheilt, und daß die Deutsche Wechselordnung einer solchen in Wechselform abgegebenen Erklärung keine Wechselkraft beilegt, erhellt aus Art. 98, woselbst die Vorschrift des Art. 6 unter den für Tratten gegebenen Bestimmungen, welche auch für eigene Wechsel gelten sollen, nicht mit erwähnt ist, so daß die nach Art. 96, 3 zu den wesentlichen Erfordernissen der Letzteren gehörende Benennung eines vom Aussteller verschiedenen Remittenten keine Ausnahme erleidet. Ist hiernach der eigene Wechsel an eigene Ordre nichtig, so entbehrt, nach den zutreffenden Ausführungen des Obertribunals zu Berlin in dem im Archive für Deutsches Wechselrecht und Handelsrecht Bd. 7 Seite 324 f. abgedruckten Präjudize, ebenfalls das Blancoindossament eines solchen Wechsels jeder rechtlichen Wirkung, da das Indossament, als ein bloßes Mittel zur Uebertragung der Rechte aus einem Wechsel, nicht die Kraft hat, ein gar nicht existirendes wechselrechtliches Verhältniß überhaupt erst ins Dasein zu rufen.

---

## 67.

### Zur Auslegung des §. 11 sub b der Patentverordnung vom 21. Juli 1821 wegen Versorgung der Armen. Bu. 953/1861.

In dem Processe, welchen das Patrimonialgericht zu B. auf Antrag der Wittwe B. daselbst eingeleitet hatte, um deren Hülfsbedürftigkeit zu untersuchen und die ihr von der Gutsherrschaft zu gewährende Unterstützung festzustellen, war es streitlos, daß die Klägerin in Folge des durch ihr weitvorgerücktes Alter herbeigeführten Mangels physischer Kräfte nicht mehr vollständig arbeitsfähig sei, und daher auf Versorgung nach Maßgabe des

§. 11, b der Verordnung vom 21. Juli 1821 Anspruch habe; dessenungeachtet aber hatte das Patrimonialgericht zu B. derselben die baare Geldunterstützung, deren sie nach dem Erachten der vernommenen Sachverständigen neben den sonstigen Naturalemolumenten bedurfte, nicht unbedingt sondern nur in der Weise zugesprochen, daß die Gutsherrschaft ihr für die zu verrichtende Arbeit einen baaren Tagelohn von 5 ßl. bezahlen sollte. Unter Abänderung dieses Ausspruches erkannte die Justiz-Canzlei zu Güstrow unterm 8. Febr. 1861 auf Appellation der Klägerin, daß die Gutsherrschaft schuldig sei der Ersteren eine baare Unterstützung von 5 ßl. Cour. für jeden Werktag zu bezahlen, der Klägerin aber obliege bei Vermeidung polizeilichen Zwanges leichtere Frauenarbeit (nach Maßgabe der über die Art dieser Arbeit im ersten Urtheil getroffenen Bestimmungen) zu leisten. Auf weitere Appellation der beklagten Gutsherrschaft bestätigte das Oberappellationsgericht die Entscheidung der Justiz-Canzlei mittels Bescheides vom 29. April 1861, welcher folgende Sätze enthält:

In den Fällen des §. 11 sub b der Verordnung vom 21. Juli 1821 stellt das Gesetz unbedingt die Verpflichtung des Ortes fest Wohnung, Feuerung und angemessene Versorgung, auch Arznei zu geben und räumt demselben nur daneben das Recht ein geeignete Arbeit von dem Unterstützten zu verlangen, so wie diese nöthigen Falls durch angemessenen Zwang zu bewirken. Dies Recht auf Arbeit und jene Verbindlichkeit zur Versorgung des Hülfsbedürftigen von einem rein privatrechtlichen Gesichtspunkte aus aufzufassen, so daß die Letztere retinirt werden dürfte, wenn die Erstere nicht geleistet würde, ist unstatthaft, weil die fragliche Verbindlichkeit dem Orte gerade im öffentlichen Interesse auferlegt worden ist, damit der wegen Mangels physischer Kräfte Hülfsbedürftige nicht der äußersten Noth preisgegeben werde. Die zur Frage stehende Gesetzesstelle bedient sich demgemäß auch des Ausdruckes „Versorgung" in unverkennbarem Gegensatze zu dem, nur als Aequivalent für geleistete Dienste zu fordernden Tagelohne.

---

# D. Familien- und Erbrecht.

## 68.

### Dotalqualität inferirter Mobiliar-Gegenstände — namentlich auch der bei der Verheirathung inferirten Kleidungsstücke der Ehefrau. Bu. 914/1861.

In einem Falle, in welchem die Ehefrau bei ihrer Verheirathung eine Reihe von Mobiliargegenständen inferirt hatte, die vermöge ihrer Beschaffenheit zur ersten Einrichtung der Frau und des Hauses wohl geeignet waren, erklärte das Oberappellationsgericht mittels Erkenntnisses vom 20. Juni 1861 in Berücksichtigung der nach l. 70 de jure dot. (23, 3) und l. 85 pr. de regul. jur. (50, 17) im Zweifel für die Dotalqualität sprechenden Präsumtion die Annahme für gerechtfertigt, daß die Ehefrau alle jene Sachen als Aussteuergegenstände ihrem Ehemanne ad sustinenda matrimonii onera mitgebracht und mithin stillschweigend in dotem gegeben habe. Auch wurde in den Gründen die Bemerkung hinzugefügt, daß auch die unter jenen Sachen befindlichen Kleidungsstücke der Ehefrau für dotal zu achten seien.

Vergl. l. 10 pr. de jure dot. (23, 3),
Puchta Pandecten §. 414 not. d. und Vorlesungen §. 414 Seite 254 sub 5.

---

## 69.

### Nach dem Schweriner Güterrechte ist der Ehemann bei unbeerbter Ehe verpflichtet der Ehefrau im Falle der Scheidung das von derselben Eingebrachte herauszugeben. Ga. 418/1859.

Nachdem die in unbeerbter Ehe lebenden Gastwirth G.'schen Eheleute zu Schwerin durch ein am 7. März 1857 rechtskräftig gewordenes Erkenntniß der Justiz-Canzlei daselbst geschieden

waren, erhob die geschiedene Ehefrau beim dortigen Magistratsgericht unterm 23. Mai 1857 gegen ihren früheren Ehemann eine Klage, in welcher sie vortrug: Das von ihr in die Ehe gebrachte Vermögen bestehe:

1. aus zwei näher bezeichneten noch jetzt im Besitz des Beklagten befindlichen Häusern,
2. aus fahrender Habe, wie sich dieselbe in einem in Bezug genommenen Inventario verzeichnet finde,
3. aus denjenigen 700 Thlrn. N⅔., welche sie während der Ehe (am 14. Juli 1846) auf ihre Häuser habe intabuliren lassen und welche sie ihrem Ehemanne zum Pferdehandel und zur Reparatur der Häuser hingegeben habe.

Das Klagegesuch geht dahin, den Beklagten zu verurtheilen:

ad 1. daß er ihr die beiden Häuser retradire und dabei den Nachweis, daß bis dahin alle Zinsen und Abgaben berichtigt seien, liefere, eventualiter ihr das in Beihalt solcher Nachweisung noch nicht Berichtigte bezahle;

ad 2. daß er ihre gesammte fahrende Habe in demselben genus und in derselben Güte wie zur Zeit des Empfanges aushändige;

ad 3. daß er ihr die 700 Thlr. N⅔. (mit Proceßzinsen) bezahle.

Der Beklagte widersprach den von der Klägerin geltend gemachten Forderungen, und hob insbesondere hervor, daß dieselbe von den Mobilien nur diejenigen begehren könne, welche zur Zeit der Auflösung der Ehe noch vorhanden gewesen seien. Von den 700 Thlrn. N⅔. seien von vorneherein 20 Thlr. Negocekosten abzurechnen. Von den übrig bleibenden 680 Thlrn. habe er der Bestimmung seiner Frau gemäß 430 Thlr. zur Bezahlung von Schulden verwendet und den Rest von 250 Thlrn. in den Pferdehandel gesteckt. Zur Rückforderung jener 430 Thlr. fehle es jedenfalls an einem Obligationsgrunde, und wegen der Hergabe dieser 250 Thlr. habe die Gegnerin höchstens auf Theilung des Gewinnes klagen können.

Ferner erhebt der Beklagte gegen die sub 1 und 2 erwähnten Forderungen der Klägerin mittels der exceptio doli

mehrere — zugleich im Wege der Reconvention geltend gemachte — Gegenansprüche, welche er daraus herleiten zu können meint, daß er während der Dauer der Ehe bestimmte Summen für die Reparatur der beiden Häuser der Klägerin, für die von denselben zu entrichtenden Abgaben und Zinsen, für Versuren der auf dieselben intabulirten Capitalien verausgabt und der Klägerin während des Ehescheidungsprocesses die Proceßkosten suppeditirt habe.

Die Klägerin inhärirte in der Replik ihrer Klage unter Bekämpfung sämmtlicher Einreden des Beklagten, welcher demnächst noch zur Duplik zugelassen wurde.

Die hierauf in den beiden ersten Instanzen resp. von dem Magistratsgerichte zu Schwerin und der dortigen Justiz-Canzlei gefällten Erkenntnisse widersprachen einander in so fern, als das Erste den Anspruch der Klägerin auf die ungetheilte Herausgabe ihres Eingebrachten im Principe aufrecht erhielt, das Zweite dagegen aus dem Wesen der Gütergemeinschaft die Folgerung ableitete, daß sich bei der Auflösung der Ehe das gesammte gemeinschaftliche Vermögen in zwei gleiche Hälften theile und daher auch im vorliegenden Fall die geschiedene Klägerin nur eine solche Hälfte des ganzen gemeinschaftlichen Vermögens, nicht aber ihr Eingebrachtes in Anspruch nehmen könne.

Das Oberappellationsgericht erklärte sich in dem Erkenntnisse vom 24. September 1860 mit dem Principe des ersten Urtheils einverstanden und führte in den Gründen Folgendes aus:

1. Die allgemeine Gütergemeinschaft des Schwerinschen Rechts hat, wie unbestritten feststeht, im Laufe der Zeit unter der Einwirkung des Lübischen Rechtes die Modificationen erlitten, daß bei unbeerbter Ehe der eine Ehegatte nicht mehr für die Schulden des anderen haftet, vielmehr bei solcher Ehe im Falle des über einen Ehegatten ausbrechenden Concurses nach der Interims-Ordnung vom 14. Juli 1770 sub nr. 20 h von dem Augenblicke an das beiderseitige Vermögen so behandelt wird, als stände es nur unter Römischem Dotalrechte und daß ferner der überlebende Ehegatte die Wahl zwischen der Halbscheid des gesammten gemeinsamen Vermögens und der Zurücknahme seines

Eingebrachten mit Beschränkung auf einen Kindestheil von dem Nachlasse des Verstorbenen hat.

Vergl. Entscheidungen des Oberappellations-Gerichts (Wismar und Ludwigslust 1855) Bd. 1 Seite 83 ff., besonders Seite 90 f.

Faßt man die rechtlichen Consequenzen der hervorgehobenen Sätze ins Auge, so lassen dieselben nicht mehr die Annahme zu, daß durch die Eingehung der Ehe das bereits vorhandene privative Vermögen der beiden Eheleute, eben so wie das später während der Ehe von denselben Erworbene in der Weise definitiv zu einer Gesammtmasse vereinigt würde, daß eine Wiederauflösung der Letzteren in ihre ursprünglichen Bestandtheile nur im Falle einer Rescission oder Annullation der Ehe und der durch dieselbe in vermögensrechtlicher Beziehung hervorgerufenen Wirkungen anerkannt werden könnte. Die erwähnte Wahlbefugniß zeigt jedenfalls, daß bei der Auflösung der Ehe durch den Tod ein Recht des Ueberlebenden sein Eingebrachtes aus der Gemeinschaft zurückzunehmen, unzweifelhaft besteht. Wenn daneben die angeführte Bestimmung der Interims-Ordnung den Beweis liefert, daß in dem einzigen Falle, in welchem eine Vermögensauseinandersetzung zwischen zwei lebenden Ehegatten während bestehender Ehe Statt findet, der unbeerbten Ehefrau ihr Eingebrachtes nach gesetzlicher Vorschrift als ein von dem Gesichtspunkte des Brautschatzes aus zu beurtheilendes privatives Vermögen conservirt werden soll, so stellt sich der Schluß als ganz nothwendig dar, daß auch der unbeerbt geschiedenen Ehefrau ein Recht auf Herausgabe ihres Eingebrachten eingeräumt werden muß, in dieser Beziehung also das Princip der Gütergemeinschaft nicht mehr als entscheidend betrachtet werden darf.

2. Nach den vorstehenden Ausführungen ist der Anspruch der Klägerin auf Herausgabe der von ihr in die Ehe gebrachten Grundstücke — vollständig begründet. — — — — — — Die in [1] prim. instant. sub a mit der Klage auf Restitution der Grundstücke verbundene Forderung einer Rechnungsablage ist mit Recht in den beiden vorigen Erkenntnissen zurückgewiesen worden, da die Ehefrau von dem Ehemanne, welcher vermöge der ihm als solchem zustehenden Gewalt das gesammte Ehe-

vermögen verwaltet, überall keine Rechnungsablage für die Zeit der Dauer der Ehe fordern kann. — — — — — — —

3. In Gemäßheit der in der rat. 1 entwickelten Grundsätze hat die Klägerin Anspruch auf Herausgabe sämmtlicher von ihr bei Eingehung der Ehe inferirten Mobilien, in so weit dieselben zur Zeit der Auflösung der Ehe noch vorhanden gewesen sind. Die Frage anlangend, in wie weit ihr ein Restitutionsanspruch rücksichtlich derjenigen Theile dieser Illaten zusteht, welche sich zu der angegebenen Zeit nicht mehr im Besitze des Beklagten vorgefunden haben, so kann nach dem Schweriner Güterrechte zwischen den Eheleuten nicht ein obligatorisches Verhältniß als bestehend angenommen werden, in Folge dessen der Ehemann zur Herausgabe der von der Ehefrau inferirten Mobilien verpflichtet wäre. Allerdings steht dem Ehemanne während der Ehe auch ein Dispositionsrecht über das ursprüngliche Gut der Frau zu; er gewinnt dies Recht aber nicht etwa durch eine auf Willensmeinung zurückzuführende Uebertragung, sondern in Folge seiner rechtlichen Stellung als das über das gemeinschaftliche Vermögen gebietende Haupt der Ehe. Mit dieser Grundlage seiner Dispositionsbefugniß würde es unvereinbar sein der Ehefrau ein klagbares Recht darauf einzuräumen, daß er die von ihr inferirten und während der Ehe von Beiden gemeinschaftlich benutzten Mobilien erhalte und eventuell wegen Beschädigungen oder zweckwidriger Verfügungen nach Auflösung der Ehe Ersatz leiste. Was die Klägerin für die entgegengesetzte Ansicht anführt, beruht auf der nach dem Schweriner Güterrechte durchaus irrigen Supposition, daß der Ehemann Usufructuar des ursprünglichen Frauengutes sei. Die vorstehenden Gesichtspunkte schließen übrigens keinesweges absolut jeden Entschädigungsanspruch der Ehefrau bei der nach Auflösung der Ehe vorzunehmenden Auseinandersetzung mit dem Ehemanne oder dessen Erben aus. Namentlich kann ein solcher Anspruch sehr wohl begründet sein, wenn der Ehemann Theile der illata durch Veräußerung in Geld umgesetzt hat. Die Klägerin hat indeß die ihr von diesem Gesichtspunkte aus möglicher Weise zustehenden Klagerechte nicht genügend circumstanzirt, sondern

sich mit allgemeinen Andeutungen begnügt, bei welchen nicht einmal die angeblich von dem Beklagten veräußerten Mobilien mit irgend einer Bestimmtheit angegeben werden.

Ferner tritt eine Veränderung des dargelegten Verhältnisses dann ein, wenn — wie es bei den gegenwärtig streitenden Eheleuten der Fall gewesen — das gemeinschaftliche eheliche Leben schon vor der Auflösung der Ehe aufgehoben, und dem Ehemanne ausschließlich die Verwaltung des gesammten Ehevermögens überlassen worden ist. Denn wenn freilich die zeitweilige Separation der Eheleute im Uebrigen die während der Ehe bestehenden Güterverhältnisse nicht modificirt, so wird doch in dem hervorgehobenen Falle der Ehefrau jede Einwirkung auf ihr Eingebrachtes abgeschnitten, und die während der ehelichen Gemeinschaft sich für sie von selbst ergebende Controle über die dasselbe betreffenden Dispositionen des Ehemannes unmöglich gemacht. Dieser Umgestaltung der Sachlage muß unbedenklich die rechtliche Folge beigemessen werden, daß, wenn die Ehefrau darthut, welche Theile ihres eingebrachten Mobiliars zur Zeit der Uebertragung der ausschließlichen Vermögensverwaltung an den Ehemann vorhanden gewesen sind, der Letztere dieselben zu restituiren hat, in so weit er nicht deren Untergang bei ordnungsmäßigem Gebrauche nachzuweisen vermag. Hat nun zwar die Klägerin in der Replik — [5] prim. inst. Seite 9 ff. — darauf Bezug genommen, daß dem Gegner während des Scheidungsprocesses die Führung der Wirthschaft ausschließlich übertragen worden sei, und hat sie ferner behauptet, daß derselbe sogar von den in [18] der jungirten Ehescheidungs-Acten de ao. 1853 inventirten Sachen des richterlichen Befehles ungeachtet mehrere abhanden gebracht habe, so ist von ihr doch das Inventarium in der Anlage A ad [18] cit. nirgends als Theil ihres Klagefundamentes hingestellt worden; es kann daher dem Beklagten nicht präjudiciren, daß er es unterlassen hat, sich darüber zu erklären, welche der dort angeführten Sachen und in welcher Weise dieselben durch eine ihn nicht zum Ersatze verpflichtende Thatsache bis zur Zeit der Ehescheidung untergegangen seien. Anderer Seits kann dieser Punkt, so wie der, rücksichtlich welcher

Sachen der aus dem Verkaufe gelöste Preis an deren Stelle getreten ist, erst erörtert werden, wenn der Beklagte die von der Klägerin inferirten Mobilien, so weit sie am 7. März 1857 noch in seinem Besitze waren, verzeichnet haben wird, und bleiben der Klägerin solcherhalb alle desfallsigen Ansprüche vorbehalten. Im Uebrigen aber ergiebt sich aus Obigem, daß der Beklagte alle am 7. März 1857 annoch in seinem Besitze befindlich gewesenen Mobilien, welche von der Klägerin inferirt worden, derselben nicht bloß zur Hälfte, sondern voll zu restituiren hat und demgemäß — — (zu verurtheilen) war.

4. Die Gegenansprüche, welche der Beklagte wider die bisher geprüften Forderungen der Klägerin mittels der Einrede des dolus und zugleich im Wege der Reconvention erhoben hat, sind mit Recht in den beiden vorigen Erkenntnissen verworfen worden. Der Ehemann, welcher als Disponent über das gemeinschaftliche eheliche Vermögen die gesammten Einkünfte aus demselben entgegennimmt und verwaltet, ist nämlich verpflichtet die ihm solchergestalt zufließenden Mittel dazu zu verwenden, daß die seinem Administrationsrechte unterworfenen Grundstücke reparirt, und die von diesen zu entrichtenden Abgaben und Zinsen bezahlt werden. Die Behauptung eigene Mittel, d. h. sein eigenes Eingebrachtes, zur Bestreitung der bezüglichen Kosten benutzt zu haben, genügt nicht zur Begründung eines Regreßanspruches; vielmehr würde zu diesem Behufe der Nachweis erforderlich sein, daß er Meliorationen vorgenommen hätte, durch welche die Klägerin zu seinem Schaden bereichert werden würde, wenn er nicht die in Folge dieser Verwendung herbeigeführte Abminderung seines eigenen Eingebrachten ersetzt erhielte. Der Beklagte hat aber in der hier fraglichen Rücksicht nichts Relevantes vorgebracht, und insbesondere nicht einmal die Behauptung aufzustellen gewagt, daß er nach Befriedigung der Ansprüche der Gegnerin nicht den vollen Betrag seines Eingebrachten übrig behalte: — — — — — — — — — —. Die der Klägerin während des Ehescheidungsstreites suppeditirten Proceßkosten kann der Beklagte nicht wiedererstattet verlangen, weil er durch die Hergabe derselben lediglich einer ihm während der

Ehe obliegenden rechtlichen Verpflichtung genügte. Eben so waren von ihm, als dem Verwalter des gesammten ehelichen Vermögens, die Kosten herzugeben, welche für die Klägerin aus Versuren der auf ihre Grundstücke intabulirten Gelder, so wie aus den gerichtlichen Verhandlungen über ihre Auseinandersetzung mit dem Sohne erster Ehe entstanden. — — — —.

5. Die in [1] prim. inst. sub c erhobene Forderung der Klägerin hat die Restitution der 700 Thlr. N⅔ zum Gegenstande, welche sie unbestrittenermaßen nach Eingehung der Ehe aufgenommen und auf ihre Grundstücke hat intabuliren lassen. Der Beklagte hat in der Anlage A ad [6] ibid. zugestanden diese Summe erhalten zu haben. Wenn er daselbst hinzufügt, daß er von den fraglichen 700 Thlr. jedoch nach Abzug von Negocen und sonstigen Gebühren höchstens 680 Thlr. wirklich empfangen habe, so kann dieser beschränkende Zusatz in Beihalt Desjenigen, was von ihm in der Anlage A ad [13] ibid. Seite 12 in fine — — — gesagt wird, nur dahin gedeutet werden, daß er das ganze aufgenommene Kapital zwar von seiner Ehefrau ausgezahlt erhalten, davon aber demnächst Negocegebühren entrichtet habe. Bei der rechtlichen Beurtheilung dieses Restitutionsanspruches ist die Erwägung entscheidend, daß die Klägerin dadurch, daß sie die 700 Thlr. auf ihre Grundstücke anlieh, einen Theil ihres in eben diesen Immobilien bestehenden Eingebrachten in baares Geld umsetzte. Die gedachte Summe stellt somit den durch die Intabulation aus den Grundstücken herausgezogenen Werth dar, und muß ebenso zu dem Eingebrachten gerechnet werden, wie die Werthquote der Grundstücke, an deren Stelle sie getreten ist. Von diesem Gesichtspunkte aus ist die Rückforderungsklage an sich wohl begründet, und kann die Frage auf sich beruhen bleiben, ob die Klägerin bei der Hergabe der 700 Thlr. die theilweise Verwendung zur Reparatur ihrer Grundstücke verlangt hat, da feststeht, daß der Beklagte das Geld ausschließlich für andere Zwecke ausgegeben hat. In so weit derselbe das fragliche Kapital seinem Geständnisse in der Anlage A ad [6] prim. inst. Seite 7 zufolge in den Pferdehandel gesteckt hat, nämlich bis zum Belaufe von

250 Thlr., steht der Verurtheilung Nichts entgegen, da es keinem Zweifel unterliegen kann, daß der Ehemann, wie das übrige Eingebrachte der Frau, so auch denjenigen Theil desselben zu restituiren verpflichtet ist, welchen ihm die Letztere in einer Geldsumme zur Betreibung eines Geschäftes gegeben hat. Den Rest anlangend, so kann der Beklagte nicht für berechtigt erklärt werden die Summe abzuziehen, welche er für Negocegebühren gezahlt haben will, weil das Geschäft auf seinen Wunsch und für ihn gemacht ist, er also auch die Kosten zu tragen hat. Im Uebrigen genügt der Umstand allein, daß die Ehefrau die Verwendung zum Schuldenabtrage genehmigt oder sogar gefordert hat, nicht, um ihre Restitutionsklage zu elidiren. Denn in so fern es sich unt Schulden handelt, welche zur Aufrechthaltung der Wirthschaft im weiteren Sinne des Wortes (mit Einschluß der für Ackerpacht, Zinsen und Abgaben zu zahlenden Beträge) contrahirt worden sind, liegt dem Ehemanne als dem das ganze gemeinsame Vermögen unter seiner Hand haltenden Disponenten die Zahlungspflicht ob, und macht es keinen rechtlichen Unterschied, ob die Ehefrau speciell die Benutzung ihres Eingebrachten zur Deckung derartiger Schulden genehmigt, oder es bei der Hingabe des Kapitals nur im Allgemeinen als ihren Willen bezeichnet hat, daß der Ehemann dasselbe in seinen Wirthschaftsbetrieb stecke. Denn unter beiden Voraussetzungen hat sie die ihm zur Weiterführung der Wirthschaft dienenden Mittel vermehrt, und kann sie bei der Aufhebnng der ehelichen Gütergemeinschaft die Wiedererstattung der in solcher Weise dem Ehemanne hingegebenen Kapitalien verlangen, indem die Qualität derselben als eines Theils des Eingebrachten nicht durch die Art der von dem Ehemanne geschehenen Benutzung alterirt wird. Dem zur Frage stehenden Restitutionsanspruche der Klägerin gegenüber ist daher nur die Berufung des Beklagten auf die Bezahlung von solchen Schulden relevant, deren Abbürdung aus ihrem privativen (ursprünglichen) Vermögen ihr obgelegen hätte. (Als Schulden dieser Art werden in der weiteren Ausführung der Gründe unter den vom Beklagten angeführten diejenigen anerkannt, welche sich nach der Zeit ihrer Entstehung als voreheliche Schulden der Ehefrau darstellen.)

Auf das vom Beklagten eingelegte Rechtsmittel der Restitution ist eine weitere Entscheidung nicht erfolgt, weil die Parteien im Laufe der Instanz sich verglichen haben.

---

## 70.

## Beiträge zur Lehre von der ehelichen Gütergemeinschaft nach Schwerinschem Statutarrechte.

I. (Go. 397/1858.) Der Maurergeselle G. wurde nach dem Tode seiner Ehefrau, mit welcher er in kinderloser Ehe gelebt hatte, von dem unehelichen Sohne und einzigen Descendenten derselben auf Herausgabe des Nachlasses nach einem vom Beklagten zu edirenden, eventuell eidlich zu bestärkenden Inventar verklagt. Es sollte ihm (nach der bekannten Bestimmung des Schweriner Rechts) freistehen, entweder die Hälfte des beim Tode der Erblasserin vorhanden gewesenen Gesammtgutes oder das Ganze nach Abzug seines Eingebrachten und eines Kindestheils herauszugeben. Der Beklagte stellte mit seiner Vernehmlassung ein Vermögensverzeichniß auf, wonach eine zu theilende Masse nicht übrig blieb, und bat um Abweisung der Klage wegen fehlenden Interesses. In der Replik machte der Kläger gegen die Richtigkeit und Vollständigkeit des Inventars unter Anderm folgende Ausstellungen:

a) der Beklagte hatte bei Lebzeiten seiner Ehefrau einen erst nach ihrem Tode tradirten und verlassenen Bauplatz gekauft und auf den Preis eine Anzahlung von 50 Thlr. gemacht Diese Summe hatte er nun unter den activis aufgeführt, der Kläger verlangte aber, daß der ganze bei Auflösung der Ehe vorhanden gewesene Verkaufswerth des Grundstücks nach Abzug des rückständigen Kaufpreises in Rechnung gebracht werde.

b) Kläger behauptete, Beklagter habe beim Tode seiner Ehefrau eine nicht mit angegebene Forderung an den Maurergesellen B. für gelieferte Baumaterialien gehabt, was Beklagter leugnete.

c) Kläger forderte die Angabe und Verrechnung der Beträge, welche aus Anlaß des Todes seiner Mutter aus zwei

Schweriner Sterbekassen bezahlt waren, während Beklagter der Meinung war, daß die durch diese Zahlungen getilgten Forderungen zum ehelichen Gesammtgute nicht gehörten.

d) Kläger erklärte das Mobiliarverzeichniß für unvollständig und rügte den Mangel einer Schätzung durch vereidete Taxatoren. Außerdem bestritt Kläger, daß er die mit 50 Thlr. aufs Jahr in Ansatz gebrachten Alimente, welche ihm vom Beklagten während der Ehe gereicht waren, zu erstatten habe.

Nachdem die Sache bis zur Duplik verhandelt war, erklärte der erste Richter die eben erwähnte Alimentenforderung für unbegründet und verurtheilte im Uebrigen den Beklagten, ein besseres, rücksichtlich der obigen 4 Punkte (a--d) vervollständigtes Inventar anzufertigen, um danach die Erbtheilung vorzunehmen.

Auf Appellation des Beklagten wurde in zweiter Instanz der Kläger abgewiesen, weil der Beklagte seiner Verbindlichkeit zur Aufstellung eines Vermögensverzeichnisses mit der Vernehmlassung nachgekommen sei und die in der Replik dagegen erhobenen Monituren das Festhalten der ursprünglichen Klagbitte nicht rechtfertigen könnten, sondern den Vorwurf einer neuen Klage bildeten, in Betreff deren die Acten nicht spruchreif seien. Das Oberappellationsgericht bestätigte diesen Ausspruch auf die Appellation des Klägers nur zum Theil, indem es rücksichtlich der Sterbecassengelder und der Alimentenforderung das erste Erkenntniß wiederherstellte.

Gründe.

1. Der Beklagte hat sich mit dem klägerischen Curanden, dem unehelichen Sohne und einzigen Descendenten seiner verstorbenen Ehefrau, über deren Nachlaß auseinanderzusetzen. Um dieser Verbindlichkeit nachzukommen, hat er in dem Vernehmlassungsrecesse, Anlage A ad [24] prim. inst., ein Verzeichniß der activen und passiven Bestandtheile des beim Tode der Erblasserin vorhanden gewesenen ehelichen Gesammtgutes geliefert, und sich erboten die Richtigkeit und Vollständigkeit dieser Angaben, nach welchen eine zu theilende Activmasse nicht übrig bleibt, zu beschwören. Er konnte nun vor Weiterem die Erklärung des Klägers abwarten. Nachdem dieselbe ibid. einge-

gangen und erwidert worden ist, handelt es sich gegenwärtig zunächst um die Frage, ob das vom Beklagten vorgelegte Vermögensverzeichniß geeignet war den weiteren Verhandlungen zur Grundlage zu dienen.

2. — Diese Frage ist zu bejahen. Zum Zwecke der Erbtheilung war der Beklagte, als Besitzer des Nachlasses, durchaus nicht verpflichtet ein förmliches inventarium cum taxa anfertigen zu lassen, er brauchte nur eine eventuell eidlich zu bestärkende Privatspecification der zu theilenden Vermögensobjecte zu liefern, und es ist daher kein wesentlicher Mangel des von ihm aufgestellten Verzeichnisses, daß dasselbe eine genaue und glaubhafte Schätzung des angegebenen Mobiliars nicht darbietet. Im Uebrigen betreffen die vom Kläger geltend gemachten Monituren nur Einzelheiten, und können, so weit sie begründet sind, nur dahin führen den Beklagten zu erläuternden und ergänzenden Angaben zu veranlassen, resp. seine Aufstellungen zu berichtigen.

3. — Hienach war es allerdings nicht gerechtfertigt, daß Kläger in [26] cit. einfach bei seinem Klagegesuche beharrte, und damit die Vorlegung eines ganz neuen Inventars verlangte; es darf aber dieser Antrag darum noch nicht — wie in den Entscheidungsgründen zum vorigen Urtheile geschehen ist — schlechthin als inept bezeichnet werden, da derselbe, so weit der Kläger in Folge seiner monita auf Erläuterungen, Ergänzungen oder Berichtigungen der gegnerischen Angaben Anspruch hatte, wenigstens in tantum begründet blieb. In so fern waren auch die Acten nach dem Eingange der Duplik dergestalt spruchreif, daß der Richter nunmehr zu bestimmen hatte, ob und welche Auflagen dem Beklagten noch zu machen seien. Wenn die angefochtene Sentenz, abgesehen von dem sub 1 berücksichtigten, durch das gegnerische Zugeständniß streitlos gewordenen Punkte, auf die klägerischen Monituren in decidendo nicht eingegangen ist, sondern den Kläger dieserhalb auf einen selbständigen, gehörig zu begründenden Klagvortrag verwiesen hat, so ist Dies nur für diejenigen Differenzen richtig, rücksichtlich deren die Darlegung und eventuell der Beweis des Thatbestandes dem Kläger obliegen würde.

4. — Der erstinstanzliche Bescheid vom 11. November 1858 hatte durch die dem Beklagten gemachte Auflage genügender als geschehen ein genaues Inventar zu den Acten zu bringen, das bereits eingereichte Verzeichniß keinesweges schlechthin verworfen, vielmehr in den Entscheidungsgründen sub C, a—d, diejenigen Punkte, über welche der Beklagte noch Aufklärung geben sollte, speciell bezeichnet. Auf die hier hervorgehobenen Einzelheiten hat sich gegenwärtig die richterliche Prüfung zu beschränken, da der Kläger mit seiner jetzigen Appellationsbeschwerde nur eine Wiederherstellung des ersten von ihm nicht angefochtenen Urtheils erstrebt. Was nun zunächst die ad a erwähnten Ansprüche aus dem Kaufcontracte wegen des Bauplatzes betrifft, so sind die Parteien darüber einig, daß das Grundstück selbst erst nach dem Tode der Erblasserin dem Beklagten tradirt und verlassen ist, mithin seiner Substanz nach einen Bestandtheil des zu verzeichnenden ehelichen Gesammtgutes nicht bildet. Es könnte sich demnach fragen, ob der Beklagte nicht verpflichtet gewesen wäre den Inhalt des schon bei Lebzeiten seiner Ehefrau abgeschlossenen Kaufvertrages anzugeben, damit der etwanige reelle Vermögenswerth der mit der actio emti geltend zu machenden Ansprüche zur Zeit der Auflösung der Gütergemeinschaft ersichtlich würde, und ob der Beklagte eine nähere Bezeichnung der beim Tode seiner Ehefrau bereits beschafften Bauarbeiten und Zurüstungen hätte geben müssen. Allein derartige Darlegungen würden von demselben nur mittels einer auf Rechnungsablegung gerichteten Klage gefordert werden können, während gegenwärtig lediglich seine Verpflichtung zur Einreichung eines Inventars zur Frage steht, und dieser Verpflichtung hat er rücksichtlich des erwähnten Kaufgeschäftes dadurch genügt, daß er desselben bei Aufzählung der activa so weit gedacht hat, als es beim Tode seiner Ehefrau schon realisirt war.

Wenn der Kläger ferner

ad b eine beim Tode seiner Mutter angeblich vorhanden gewesene Schuld des Maurergesellen B. im Inventar vermißt, so muß es ihm überlassen bleiben, dieses monitum zu begründen. Bis dahin genügt die vom Beklagten abgegebene, eventuell eidlich

zu bestärkende Versicherung, daß damals B. ihm Nichts schuldig gewesen sei. Ueber nicht mehr existirende durante matrimonio bereits getilgte Forderungen hat er keine Rechenschaft zu geben, da er nur das zu theilende Vermögen zu verzeichnen verpflichtet ist. Eben deshalb liegt ihm aber allerdings ob,

ad c diejenigen Summen anzugeben, welche er aus Veranlassung des Ablebens seiner Ehefrau von zwei Sterbekassen erhalten hat, weil die durch diese Zahlungen getilgten Forderungen — — — zum ehelichen Gesammtgute gerechnet werden müssen. Dagegen ist

ad d oben bereits bemerkt worden, daß der Beklagte eine genauere Taxe des inventirten Mobiliars nicht zu liefern habe.

5. — Außer den bisher besprochenen ist noch ein Streitpunkt übrig, welchen das erste Urtheil zu Gunsten des Klägers definitiv entschieden hat. Es bestimmt sub 3, daß die vom Beklagten unter den activen Bestandtheilen des Vermögens aufgeführte Forderung an den klägerischen Curanden für die demselben bis zum Tode der Erblasserin dargereichten Alimente zu streichen sei, und diese in der sententia a qua aufgehobene Bestimmung muß auf Grund der jetzigen Appellationsbeschwerde unbedenklich wiederhergestellt werden. Der Beklagte war nämlich unzweifelhaft verpflichtet, seiner Ehefrau die Mittel zur Alimentation ihres unehelichen Sohnes, so weit die von ihrem Schwängerer gezahlten Beiträge dazu nicht hinreichten, aus dem unter seiner Disposition stehenden Gesammtgute zu gewähren. Indem er Dies that, erfüllte er eine seiner Frau obliegende Verbindlichkeit und konnte dadurch für sie resp. ihren dereinstigen Nachlaß eine Ersatzforderung gegen den befriedigten Gläubiger nicht erwerben. Eben so wenig ist eine solche Forderung in seiner eigenen Person gegen den Nachlaß begründet, da er nicht ex propriis, sondern aus dem Ehevermögen, rücksichtlich Dessen nach Schwerinschem Rechte beide Gatten in völlig ungetheilter Gemeinschaft stehen, die Alimentation bestritten hat.

Entscheidungen des Oberappellationsgerichts, Bd. I. Seite 82 ff.

Zwar ist die Ehe des Beklagten mit der Mutter des klägerischen Curanden kinderlos geblieben, und es hat daher während der-

selben die sogenannte unvollkommene Gütergemeinschaft, welche die Schulden nicht mit ergreift, bestanden. Allein für die in der Ehe entstandenen und aus dem gemeinsamen Activvermögen, welches auch in unbeerbter Ehe eine völlig einheitliche Masse bildet, bereits wieder getilgten Schulden ist dieser Umstand durchaus bedeutungslos. Die Ansicht des Beklagten, daß die ganze Alimentations-Verbindlichkeit seiner Frau auch rücksichtlich der erst nach ihrer Verheirathung fällig gewordenen Prästationen als eine voreheliche Schuld derselben anzusehen sei, bedarf keiner Widerlegung.

— — — — — — — — — — — —

II. (Ka. 1138/1861.) Die Ehefrau des Ackerbürgers K. zu Schwerin wurde von dem Erbpächter S. zu M. auf Bezahlung einer Darlehnsschuld von 2000 Thlr. belangt, welche dieselbe zu einer Zeit contrahirt hatte, als ihr Ehemann mit ihr noch nicht in Schwerin wohnte und daher die Gütergemeinschaft des Schwerinschen Rechts noch nicht zwischen ihnen bestand. Der Proceß wurde nach dem ausdrücklichen Verlangen des Klägers gegen die Beklagte allein (ohne Theilnahme ihres Ehemannes) durchgeführt und endete mit der rechtskräftigen Verurtheilung der Schuldnerin. Als sodann in der Executionsinstanz auf Antrag des Klägers mehrere angeblich der Beklagten gehörende Mobilien zum Zweck des Verkaufes in vim executionis annotirt waren, trat der Ehemann als Intervenient auf und protestirte gegen den Verkauf, indem er die fraglichen Mobilien als sein Eigenthum in Anspruch nahm und auszuführen suchte, daß er ungeachtet des Vorhandenseins von Kindern aus der Ehe für die eingeklagte Schuld, welche einer von seiner Frau vor der Ehe eingegangenen Verbindlichkeit gleich zu beurtheilen sei, nicht hafte.

Das Oberappellationsgericht erklärte im Widerspruch mit den Entscheidungen der beiden ersten Instanzen die Intervention auf Querel des Ehemannes für begründet und wies den Kläger mit dem Anspruch auf Verkauf der annotirten Mobilien in vim executionis mittels Bescheides vom 8. April 1861 aus nachstehenden Gründen ab:

Von welcher Ansicht man auch in Bezug auf die unter den Parteien bestrittene Frage ausgehen mag, ob das eheliche Gesammtvermögen oder nur das Eingebrachte der Frau für die vorehelichen Schulden der Letzteren nach Schwerinschem Güterrechte hafte, so liegt doch im gegenwärtigen Falle unter keinen Umständen ein den Ehemann bindendes Judicat vor. Erwägt man nämlich, daß der Frau über ihre häusliche Competenz hinaus kein Dispositionsrecht rücksichtlich des ehelichen Gesammtvermögens zusteht, so muß als nothwendige Consequenz anerkannt werden, daß der Mann sich eine Execution in dieses nicht gefallen zu lassen braucht, wenn der Kläger es versäumt hat ihn zur Theilnahme an dem Processe heranzuziehen, welcher freilich an sich richtig gegen die persönlich verpflichtete Ehefrau, als die Hauptpartei, erhoben worden ist. Mit Recht hat daher der Querulant dagegen protestirt, daß auf Grund der erfolgten Verurtheilung seiner Ehefrau mit einer Execution in das unter seiner Disposition stehende eheliche Gesammtvermögen vorgeschritten werde, und würde diese Execution auch nicht durch den Beweis aufrecht erhalten werden können, daß die annotirten Sachen zu dem Eingebrachten der Frau gehören, weil die Letztere auch in Bezug auf diesen Theil des Gesammtvermögens nicht durch einseitige Handlungen den Rechten des Mannes präjudiciren kann.

---

## 71.

## Annullation der Ehe wegen Irrthums des Mannes über die zur Zeit der Eingehung derselben vorhanden gewesene Schwangerschaft der Frau von einem Dritten. Sa. 1385/1861.

Der Schäfer S. zu K. erfuhr bei der Verlobung mit seiner demnächstigen Ehefrau gebornen G. zwar von derselben, daß sie schon mehrere Jahre zuvor von einem inzwischen wieder gestorbenen unehelichen Kinde entbunden war; dagegen verheimlichte ihm dieselbe, daß sie sich in jüngster Zeit von Neuem wieder

einem außerehelichen Geschlechtsumgang hingegeben hatte und leugnete auf das Bestimmteste einen schwangeren Zustand ab, als der ꝛc. S. ihr erklärte, daß er sie nicht zur Frau nehmen würde, wenn sie schwanger sei. Bald nach der hierauf erfolgten Hochzeit stellte sich aber dennoch bei ihr eine Schwangerschaft heraus, welche nach der Behauptung des Mannes aus einem von der Frau in der Zeit vor ihrer Verlobung gepflogenen und von ihr zugestandenen Geschlechtsumgange mit einem Dritten herrührte, während sie auf die Möglichkeit hinwies, daß sie bei dem von ihrem Manne unbestrittener Maßen schon gleich nach der Verlobung mit ihr vollzogenen vorehelichen Beischlafe concipirt habe. Als nun der Mann wegen Irrthums über die zur Zeit der Eingehung der Ehe vorhanden gewesene Schwangerschaft seiner Frau von einem Dritten auf Annullation der Ehe klagte, legte ihm das von der Juristenfacultät zu Rostock eingeholte Erkenntniß der Justiz-Canzlei zu Güstrow vom 26. August 1861 den Beweis auf:

daß die Beklagte zu der Zeit, als Kläger mit ihr seit seiner Verlobung zum ersten Male den Beischlaf vollzogen, bereits schwanger gewesen sei.

Auf Appellation der beklagten Ehefrau erfolgte der bestätigende Bescheid des Oberappellationsgerichts vom 20. März 1862, welcher sich auf folgende Gründe stützt:

Was zunächst die Bestimmungen des katholischen Kirchenrechts über den Einfluß des Irrthums auf die Rechtsgültigkeit oder Anfechtbarkeit der Ehe anlangt, so bilden die Aussprüche des Gratianus im c. un. C. XXIX. qu. 1 die Grundlage des im corpus juris canonici zur Feststellung gelangten Rechtes, und zwar beachtet dieses — abgesehen von dem Falle der dem anderen Ehegatten unbekannt gewesenen unheilbaren Impotenz, vergl. c. 2 C. XXXIII. qu. 1, und cap. 4 et 5 X. de frigidis (4, 15) — nur den Irrthum über die Person und die Freiheit,

c. 4, 6 C. XXIX. qu. 2, und
cap. 2 et 4 X. de conjugio servorum (4, 9),

wogegen es nach dem c. un. cit. und dem cap. 25 X. de

jure jurando (2, 24) den Irrthum über die Virginität als irrelevant behandelt. Die Theorie und Praxis blieb aber nicht bei diesem Resultate stehen. Nachdem Thomas von Aquino auf die Fälle, in welchen der Irrthum über die Person durch den Irrthum über die für die Ermittelung ihrer Identität als entscheidend betrachteten Eigenschaften herbeigeführt wird, aufmerksam gemacht und für dieselben die Bezeichnung eines error in personam redundans gewählt hatte, gingen die späteren Canonisten nach dem Vorgange van Espen's von der Ansicht aus, daß der Irrthum auch dann auf die Person zurückfalle, wenn die Absicht des Contrahenten so auf eine bestimmte Person gerichtet sei, daß er implicite dieselbe nicht wolle, wenn ihr eine irrthümlich vorausgesetzte Eigenschaft fehle. So identificirte man im Laufe der Zeit den error in personam redundans mit dem error essentialis,

vergl. die dogmengeschichtliche Zusammenstellung bei
Stahl, de matrimonio ob errorem rescindendo commentatio, Berolin. 1841 pag. 1—5,

und gewann die Ansicht von der Anfechtbarkeit der Ehe im Falle eines wesentlichen, wenn auch nicht speciell im corpus juris canonici erwähnten Irrthums, und zwar namentlich desjenigen über die Schwangerschaft von einem Dritten eine weite, auch in practischen Entscheidungen ausgesprochene Anerkennung,

Stahl a. a. O. Seite 5 f.
Walter, Lehrbuch des Kirchenrechts, 13. Ausg. §. 305, besonders not. 13,
sowie auch das in Gönner's auserlesenen Rechtsfällen, Band 3 Seite 6 ff., abgedruckte Erkenntniß der katholischen Juristen-Facultät zu Bamberg,

wiewohl es andererseits nicht an katholischen Rechtslehrern fehlt, welche wegen des Mangels an einem positiven Gesetze bei der Zulassung der Annullation der Ehe wegen Irrthums durchaus nicht über die im corpus juris canonici erwähnten Fälle hinausgehen.

Schulte, System des katholischen Kirchenrechts, §. 131.

Für die Entwickelung des protestantischen Kirchenrechts war es entscheidend, daß schon die Reformatoren gegen den Standpunkt

des päpstlichen Rechtes sich erklärten. Luther selbst sprach sich in der Schrift von Ehesachen 1530 (bei Strampff, Dr. Martin Luther, über die Ehe, Seite 291) mit Bezug auf Moses V. Cap. 22 entschieden dafür aus, daß die Scheidung gestattet werden müsse, „wenn einer seine öffentliche Vertraute nicht rein funde, sondern zuvor von einem Anderen beschlafen", und Melanchthon (Loci commun. Theolog., tit. de conjug. ed. Deetzer Vol. I. Seite 234) vertheidigte dieselbe Lehre.

Vergl. auch Joh. Gerhard loc. Theolog. XXVI., cap. IV. sect. II. art. II. §. CXI. (ed. Cotta Tubing. 1776 tom. 15 pag. 118 f.) und cap. X. sect. III. art. II. §. DCLXII. in fin. (ed, cit. tom. 16, pag. 219).

Obwohl nun nur wenige Kirchen- und Consistorial-Ordnungen eine Bestimmung darüber aufnahmen, daß der Mann im Falle des Irrthums über die Jungfrauenschaft ledig zu sprechen sei,

vergl. Göschen, doctrina de matrimonio ex ordinationibus eccles. evangelicae, Hal. 1847, pag. 26 f.,

so war doch die Theorie und Praxis des protestantischen Kirchenrechtes von je her über die allgemeine Gültigkeit des angeführten Satzes einverstanden,

vergl. außer den in der vorigen Sentenz Seite 2 der Rationen in Bezug genommenen Schriftstellern, *)
Nicol. Hemming, de causis divortii, in Dedekenn thesaur. consilior. et decision. Hamburg 1623, Vol. II. pag. 461 f.,
Joh. Harpprecht, commentar. in Institut. Justiniani tit. de nuptiis, §. sunt et alii nr. 61 ff.,
G. L. Böhmer, auserlesene Rechtsfälle Bd. 1 nr. 63 Seite 490 ff.,
Hofacker, princip. jur. civilis, tom. I. §. 374 und
Glück, Erläuterung der Pandekten, Bd. 22, Seite 437 ff.,

---

*) Carpzov Jurisprudent. Consistor. Lib. II. Defin. 187, 193,
Brunnemann Tractat. posthum. de jure ecclesiast. Lib. II. cap. 17, §. 25 cum addit. Strykii, J. H. Böhmer, Jus ecclesiast., Protestant. Lib. IV, Tit. V. §. 1 f.,
Eichhorn, Grundsätze des Kirchenrechts, Bd. 2, Seite 354,
Richter, Lehrbuch des Kirchenrechts, §. 263 (5. Ausgabe),
Göschen in Herzog's protestantischer Encyclopädie, Bd. 3, S. 670 f.,
Meier, Institutionen des Kirchenrechts, §. 139.

und ist es eine ganz singuläre Gestaltung der Praxis im Kurfürstenthum Hessen, wenn das Oberappellationsgericht zu Cassel im Anschlusse an frühere Consistorial-Entscheidungen die Anfechtbarkeit der Ehe wegen Irrthums auf den Fall der von einem Dritten herrührenden Schwangerschaft beschränkt.

Strippelmann, neue Sammlung bemerkenswerther Entscheidungen des Oberappellationsgerichts zu Cassel, Thl. 2, Seite 236 ff.

Forscht man weiter nach der principiellen Stellung, welche dem in Frage stehenden neuen Rechtssatze des gemeinen protestantischen Kirchenrechts angewiesen wurde, so war auch in dieser Beziehung die Autorität Luther's maßgebend, welcher in der Schrift von Ehesachen (bei Strampff a. a. O. Seite 293 f.) gleichfalls auf die Erörterung des Irrthums über andere große Mängel, wie z. B. des Aussatzes oder sonst einer unleidlichen großen Seuche, eingeht, und lehrt: „Wo Jemand solchen großen ewigen Mängel einen an seiner Vertrauten funde, mit welchem er sie wissentlich nicht genommen hätte, der ist betrogen und solle frei sein, auch sich zu verändern.“ Die protestantischen Kirchenrechtslehrer faßten in Uebereinstimmung hiemit die von ihnen anerkannte rechtliche Bedeutung des error virginitatis nicht als eine — lediglich durch die positiven Aussprüche der heiligen Schrift zu rechtfertigende — specielle Abweichung von der im corpus juris canonici sanctionirten Theorie des Gratianus auf, welche in allen ihren übrigen Theilen von der evangelischen Kirche, ebenso wie von der katholischen, befolgt werden müsse; vielmehr waren sie darüber einig, daß die fragliche Abweichung vom katholischen Kirchenrechte auf ein allgemeineres Princip zurückgeführt werden müsse; die Ansichten über die eigentlich entscheidende ratio des neuen Rechtssatzes gingen indeß weit und zum Theil in einer das tiefere Wesen der Ehe völlig verkennenden Weise aus einander. Wie nämlich schon die ausführlichen Erörterungen Harpprecht's a. a. O. zeigen, war man geneigt die civilrechtlichen Grundsätze über die Anfechtbarkeit oder Nullität eines Vertrages hieher zu ziehen, und es stellte sich von dieser Betrachtung aus der Gesichtspunkt der stillschweigenden Bedingung und des dolus außer demjenigen des Irrthums als bedeutungsvoll dar. Bei

der insbesondere von Pufendorf (observationes juris universi, tom. I. obs. 161) gebilligten Anwendung der civilrechtlichen Theorie des dolus mußte man consequent zu dem Satze gelangen, daß jeder dolus causam dans relevant sei, und der Getäuschte die Auflösung der Ehe wegen jedes dolus fordern könne, durch welchen er zur Eingehung einer Ehe bewogen worden sei, die er bei der Kenntniß des ihm verheimlichten Umstandes nicht abgeschlossen haben würde. Es ist klar, daß nach dieser Theorie die Auflösung der Ehe auch dann vorkommen könnte, wenn der im einzelnen Falle wahlentscheidende Irrthum des Getäuschten sich auf Thatsachen bezöge, welche überall von keiner Bedeutung für das Wesen der Ehe sind; allein die Heiligkeit der Ehe läßt es nicht zu, daß ihre Rechtsbeständigkeit aus dem Grunde in Frage gestellt werde, weil ein Ehegatte, welcher sich zur Ertheilung des Eheconsenses durch ein das Wesen der Ehe gar nicht berührendes Motiv hat bestimmen lassen, in Bezug auf die thatsächlichen Voraussetzungen des Letzteren getäuscht worden ist. Eben so wenig kann der Versuch J. H. Böhmer's (Jus ecclesiast. Protestantium, lib. IV. tit. 5 §. 2), hier Alles auf eine conditio tacita zu stellen, gebilligt werden, da das protestantische Kirchenrecht es überhaupt nicht gestattet, daß Jemand, welcher unter Erbittung des kirchlichen Segens den Eheconsens erklärt, den Letzteren von irgend einer Bedingung abhängig macht und damit die rechtliche Wirksamkeit der feierlichen kirchlichen Einsegnung selbst im Widerspruch mit deren ganzer Bedeutung zu einer bloß bedingten herabdrückt. Es bleibt daher nur übrig mit der communis opinio das entscheidende Gewicht darauf zu legen, daß ein error substantialis oder essentialis, d. h. ein Irrthum über Eigenschaften oder Umstände obgewaltet hat, welche das Wesen der Ehe selbst berühren, und muß folgeweise auch ein anderer Irrthum als derjenige über die Virginität für relevant erklärt werden, wenn derselbe in der That unter den Begriff eines wesentlichen zu subsumiren ist.

Die im Vorstehenden vom Standpunkte des gemeinen Rechts dargelegten Resultate werden für das Mecklenburgische unmittelbar durch die Consistorial-Ordnung vom 31. Januar 1570 be-

stätigt, indem dieselbe nicht allein im Titel VIII. sub VII. den error virginitatis ausdrücklich als ausreichenden Grund zur Aufhebung der Ehe hinstellt, sondern auch im Titel VII. §. 6 deutlich ausspricht, daß in dem Folgenden nicht erschöpfende Bestimmungen über die Fälle, darin die Canones wider das götliche und natürliche Recht pronunciiren, getroffen, sondern nur Decisiones von etlichen gemeinen Fällen, so täglich für die Consistoria gebracht werden, gegeben werden sollen.

Die Entscheidung des vorliegenden Rechtsfalles hängt demnach von der Frage ab, ob ein wesentlicher Irrthum als vorhanden anzunehmen ist, wenn der Mann, welcher von einer früheren unehelichen Geburt seiner Braut Kenntniß hatte, von derselben vor der Trauung darüber getäuscht worden ist, daß sie in Folge eines neuen außerehelichen Geschlechtsumganges zur Zeit der Eheschließung von einem Dritten schwanger war. Für die Bejahung dieser Frage sprechen überwiegende Gründe. Wenn zwar nur die Disciplin der Genfer Kirche nach dem Zeugnisse des Beza (tractat. de repudiis et divortiis, eod. Noviomagi Batav. 1666 pag. 95) so weit ging die Ehe mit der von einem Dritten schwangeren Braut als etwas Unsittliches und von der christlichen Kirche nicht zu Duldendes während der Dauer der Schwangerschaft zu verhindern, so läßt sich doch nicht verkennen, daß im Allgemeinen eine thatsächliche Mißachtung der ganz besonders in der Ehe zur Darstellung zu bringenden und durch dieselbe zu befördernden Keuschheit darin liegt, wenn Jemand, obwohl er die von einem Anderen herrührende Schwangerschaft seiner Braut kennt, sich dazu versteht, noch vor Beendigung dieses ihres Zustandes durch Abschließung der Ehe mit derselben in das kirchlich geheiligte Verhältniß zu treten, in welchem sie beide nach Gottes Ordnung zu Einem Fleische vereinigt werden sollen, und legt auch der große lutherische Theologe Johann Gerhard (a. a. O. cap. IV. sect. II. art. II. §. CXI. Vol. 15 pag. 119) ein hiemit übereinstimmendes Zeugniß in den Worten ab: „cum ex alio gravidam ducere, in christiana ecclesia turpe sit." Von eben diesem Gesichtspunkte aus muß es für einen tief in das Wesen der Ehe eingreifenden

Irrthum erklärt werden, wenn der Bräutigam von seiner Braut über deren Schwangerschaft von einem Dritten getäuscht und so zur Eingehung der Ehe unter Verhältnissen bewogen ward, bei deren Vorhandensein die Verwirklichung der vollen ehelichen Gemeinschaft nicht ohne schwere Verletzung alles sittlichen Gefühles möglich ist. Auch hier ist unbedingt anwendbar, was Carpzow (jurisprud. consistor. lib. II. defin. 187 nr. 4) mit Bezug auf den Irrthum über die Jungfrauenschaft sagt: „error iste — — ipsam conjugii substantiam ingreditur; si quidem castitas habetur de substantia matrimonii, quod est conjunctio in unam carnem." Practisch zeigt sich die selbständige Bedeutung, welche dem Irrthume über die Schwangerschaft der Braut von einem Dritten — abgesehen von dem Irrthume über die Jungfrauenschaft — beizulegen ist, in dem tief zerrüttenden Einflusse, welchen das ganze eheliche Verhältniß davon erleiden muß, daß die Frau ohne Wissen des Mannes eine fremde Leibesfrucht in die Ehe hineinträgt.

Vergl. besonders das bereits citirte Erkenntniß der katholischen Juristenfacultät zu Bamberg bei Gönner a. a. O.

Mit Recht ist der Kläger daher in dem angefochtenen Urtheile zu dem dort festgestellten Beweise gelassen worden, dessen Statthaftigkeit auch keinesweges dadurch ausgeschlossen wird, daß der Kläger nach seinem Geständnisse in [3] Canc. schon vor dem Abschlusse der Ehe in der kritischen Zeit vor ihrer, der Beklagten nach Anlage A ad 12 ibid. am 1. Juli v. J. erfolgten Entbindung mit ihr concumbirt hat.

---

## 72.

## Richterliche Separation zweier Eheleute in einem Falle, in welchem die Ehefrau erfolglos unter Anwendung von Gefängnißstrafen zur Rückkehr in die Wohnung ihres Ehemannes angehalten war.

Ko. 1106/1859.

Die verehelichte K., welche mit ihrem jüngsten Kinde sich eigenmächtig aus der Wohnung ihres Ehemannes entfernt, jedoch

nach Einleitung eines Scheidungsprocesses die richterliche Erlaubniß zur Trennung von ihrem Manne durante processu erhalten hatte, wurde durch den Bescheid der Justiz-Canzlei zu Schwerin vom 18. October 1860 mit ihrer Scheidungsklage abgewiesen, weil sie den ihr rechtskräftig aufgelegten Beweis eines Scheidungsgrundes verfehlt hatte. Zugleich gab dieser Bescheid den beiden Eheleuten auf ihre Ehe in Frieden und Eintracht, wie es sich für christliche Eheleute ziemt, mit einander fortzusetzen, sich bei Vermeidung scharfer Beahndung aller wörtlichen und thätlichen Injurien, nicht minder aller Bedrohungen zu enthalten, auch jede eigenmächtige Trennung bei nachdrücklicher Strafe zu unterlassen. Auch wurde ausgesprochen, daß die Ehefrau schuldig sei binnen vierzehn Tagen mit dem Kinde, welches sie bei ihrer Entfernung aus der Wohnung ihres Ehemannes mit sich genommen, zu ihrem gedachten Ehemanne zurückzukehren, und Letzterer sie als seine Ehe- und Hausfrau gebührend aufzunehmen habe.

Das Oberappellationsgericht bestätigte diese Entscheidung auf Appellation der Ehefrau unterm 28. Januar 1861 in den Gründen bemerkend:

Es sind überall keine speciellen Thatsachen constatirt worden, welche als Gründe für eine selbst nur temporäre Trennung von Tisch und Bett anerkannt werden könnten, und erscheint die im Allgemeinen aus den Acten erhellende Unfriedfertigkeit, welche nach den früheren Versöhnungen allerdings in verstärktem Maße in den, den Gegenstand des gegenwärtigen Processes bildenden Streitigkeiten hervorgetreten ist, jedenfalls nicht als ausreichend, um den längeren Fortbestand der nunmehr schon länger als 1½ Jahre dauernden Trennung zu rechtfertigen. Wenn in dem vorliegenden Processe beide Eheleute gegen einander durch die Erhebung schwerer Beschuldigungen gefehlt haben, welche der thatsächlichen Begründung entbehrten, so liegt es beiden ob einander zu vergeben und sich bei dem Wiederbeginn ihrer Ehe so, wie es christlichen Eheleuten geziemt mit versöhnlichem Sinne entgegenzukommen. Mit Recht ist der Ehefrau daher die Rückkehr in das Haus ihres Ehemannes aufgegeben worden, und stellen sich ferner die in dem vorigen Bescheide enthaltenen Straf-

drohungen, welche gleichmäßig an beide Eheleute gerichtet sind, und daher insbesondere auch zum Schutze der Ehefrau gegen etwa von ihrem Ehemanne befürchtete Mißhandlungen gereichen, als angemessen dar.

Nach der im Vorstehenden erwähnten rechtskräftigen Erledigung des Ehescheidungsprocesses wurde mit den beiden Eheleuten von der Polizeibehörde ihres Wohnortes verhandelt. Der Ehemann erklärte sich bereit die Frau wiederaufzunehmen, die Letztere weigerte sich aber zurückzukehren und blieb bei dieser Weigerung, obwohl sie wegen Nichtbefolgung der ihr die Rückkehr zum Ehemanne aufgebenden polizeilichen Befehle hinter einander mit 3, 8, 14 Tagen und endlich mit 4 Wochen Gefängniß belegt wurde. Nach Abbüßung der letzten Strafe trat sie mit einer neuen Scheidungsklage hervor, indem sie sich auf den unüberwindlichen — durch die erlittene Bestrafung hervorgerufenen — Widerwillen gegen ihren Ehemann berief. Der Erfolg dieser Klage war, daß die Justiz-Canzlei zu Schwerin mittels Bescheides vom 14. December 1861 auf eine zweijährige Separation der Eheleute von Tisch und Bett erkannte und das Oberappellationsgericht die dagegen vom Ehemanne ergriffene Appellation durch Erkenntniß vom 19. Juni 1862 aus folgenden Gründen verwarf:

1. — Der durch die Determination des Oberappellationsgerichts vom 28. Januar v. J. — — bestätigte Bescheid des judicium a quo vom 18. October 1860 machte es allerdings nothwendig, daß gegen die, die Rückkehr zu ihrem Ehemanne verweigernde Appellatin mit Strafverfügungen vorgegangen wurde; allein es würde gegen das Wesen der Ehe verstoßen, wenn in Fällen der vorliegenden Art der Ehefrau gegenüber, welche selbst durch mehrfache Gefängnißstrafen nicht zur Rückkehr in die Wohnung des Ehemannes hat bewogen werden können, ohne Berücksichtigung des persönlichen Verhältnisses der Eheleute nach Maßgabe der im reinen Civilprocesse geltenden Grundsätze mit einer immer mehr gesteigerten Zwangsexecution vorgeschritten werden sollte. Der Richter hat im Gegentheil, ungeachtet der früher erfolgten rechtskräftigen Verurtheilung der Ehefrau zur Rückkehr,

die Frage zu prüfen, ob und unter welchen Voraussetzungen zur Verhütung einer Vergrößerung des ehelichen Zwiespaltes mit der Fortsetzung von Zwangsverfügungen einzuhalten und zur Beruhigung der unversöhnten Gemüther eine einstweilige Separation anzuordnen ist. Erwägt man nun im vorliegenden Falle, daß die tiefe Zerrüttung der Ehe der beiden streitenden Theile durch die Erfolglosigkeit der gegen die Ehefrau angewandten ernsten Coercitivmaßregeln sehr bestimmt documentirt worden ist, auch der Ehemann bei den Verhandlungen in [27] primae cognitionis und [45] Cancell. keineswegs den versöhnlichen Sinn, welcher christlichen Eheleuten geziemt, an den Tag gelegt hat und demgemäß nach dem ganzen Stande der Sache bei einer durch Zwang bewirkten Vereinigung beider Eheleute schlechterdings kein Wiederbeginn eines versöhnlichen ehelichen Zusammenlebens, sondern lediglich eine weitere Entfremdung der Gemüther zu erwarten ist; so muß die in der sententia a qua ausgesprochene zweijährige separatio a thoro et mensa für gerechtfertigt erklärt werden, und erscheint es als ein nicht zutreffendes Argument gegen diese Separation, wenn der Appellant darauf hinweist, daß der Ungehorsam der Appellatin nicht zu ihren Gunsten berücksichtigt werden dürfe. Auch fehlt es an einem ausreichenden Grunde für die von dem Appellanten schon jetzt im Voraus geäußerte Ansicht, daß die zur Besänftigung der Gemüther für die Zeit von zwei Jahren angeordnete Trennung im vorliegenden Falle ohne heilsame Folgen sein werde.

2. — — —

---

## 73.

## Ehescheidung wegen böslicher Verlassung im Fall der Auswanderung nach Amerika. Fa. 441/1861.

Das Oberappellationsgericht wies die Ehescheidungsklage, welche die verehelichte F. gegen ihren nach Amerika ausgewanderten Ehemann unter Geltendmachung des Gesichtspunktes der malitiosa desertio erhoben hatte, in Uebereinstimmung mit der Justiz-Canzlei zu Schwerin durch den auf Querel der Klägerin

erlassenen Bescheid vom 14. October 1861 a limine judicii ab, und hob dabei in den Gründen Folgendes hervor:

Eine Ehefrau kann es nicht schlechthin ablehnen ihrem Manne nach Amerika zu folgen und ist keinen Falls befugt wegen der Auswanderung des Mannes dorthin auf Scheidung zu klagen, wenn sie bloß deshalb nicht nachfolgen will, weil derselbe sich in dem erwähnten fremden Erdtheile aufhält. Im vorliegenden Falle ist der Ehemann und zwar unter Umständen fortgegangen, welche auf eine beabsichtigte bösliche Verlassung schließen lassen; allein er hat ihr, der Querulantin, später von Amerika in dem von ihr selbst beigebrachten Briefe den Wunsch ihrer Nachfolge zu erkennen gegeben, ihr zugleich Etwas über seine Verhältnisse mitgetheilt und sie ersucht sich von dem Ueberbringer des Briefes (einem von Amerika zur Abholung seiner Frau zurückkehrenden Mecklenburger) das Weitere darüber mittheilen zu lassen. Weder der Brief, noch die Aussagen der Verwandten des Mannes enthalten Momente, durch welche die Annahme gerechtfertigt würde, daß der von dem Letzteren wegen Fortsetzung der Ehe in Amerika ausgesprochene Wunsch nicht ernstlich gemeint sei. Bei diesem Stande der Sache kann ihrem Gesuche um Einleitung eines Desertionsprocesses zur Zeit nicht Folge gegeben werden, vielmehr liegt es ihr, zumal da sie alle Nachfragen bei dem Ueberbringer des Briefes vermieden hat, vor Weiterem ob sich mit ihrem Manne selbst in Beziehungen zu setzen und sich insbesondere mit ihm über die Mittel zu ihrer Reise nach Amerika zu verständigen, so wie glaubhafte Erkundigungen über seine Verhältnisse einzuziehen.

---

## 74.

## Ueber die Compensation bei einer Scheidungsklage wegen Ehebruchs. Pe. 466/1858.

Das Erkenntniß des Oberappellationsgerichts vom 12. Mai 1859 enthält in seinen Gründen nachstehende Ausführung:

Der Grund, dessentwegen überhaupt eine Compensation der von beiden Ehegatten begangenen Ehebrüche zugelassen wird,

liegt nach dem c. 1 C. XXXII qu. 6 darin, daß wer sich selbst des Ehebruches schuldig gemacht hat, für unwürdig erachtet wird seinen Ehegatten wegen des gleichen Delictes zu verstoßen. Jeder Ehegatte, welcher trotz solcher eigenen Unwürdigkeit auf Scheidung klagt, muß daher zurückgewiesen werden, ohne daß auf eine Abwägung der von dem Manne und der Frau begangenen einzelnen Sünden nach der Zahl eingegangen werden kann. Der vom Canonischen Rechte auf dies Verhältniß angewandte Gesichtspunkt der Compensation führt nur dahin, daß wenn eine Scheidungsklage in Folge beiderseitiger Ehebrüche abgewiesen ist, oder auch beide Eheleute nach außergerichtlicher Verständigung über die Compensation der von ihnen Beiden begangenen Ehebrüche sich in gegenseitiger Verzeihung zur Fortsetzung des gemeinschaftlichen ehelichen Lebens entschlossen haben, der auf einen späteren Ehebruch eines Theiles gegründeten Scheidungsklage gegenüber nicht eine Einrede aus einem bereits durch Compensation getilgten früheren Ehebruche entnommen werden kann; dagegen kommt es nicht auf die Zahl der Ehebrüche an, welche von dem einen oder dem anderen Theile vor einer richterlich ausgesprochenen oder außergerichtlich von beiden Theilen anerkannten Compensation begangen worden sind, weil schon ein einziger Ehebruch eine absolute Verletzung der ehelichen Treue enthält und daher bei dem Ehegatten, welcher auch nur einmal ehebrecherisch gesündigt hat, dieselbe Unwürdigkeit zur Klage angenommen werden muß, wie bei dem öfter gefallenen.

---

## 75.

## Der Verlust der dos findet als Strafe der Ehefrau auch bei der Scheidung wegen böslicher Verlassung Statt. Bu. 914/1859.

Aus den Gründen des vom Oberappellationsgerichte unterm 20. Juni 1861 gesprochenen Erkenntnisses:

Der Verlust der dos tritt nach der Nov. 117 cap. 8 für die geschiedene Frau als eine gemeine Vermögensstrafe in allen

Fällen ein, in welchen sie durch ihr Betragen dem Manne einen gesetzlich gebilligten Grund zum repudium gegeben hat.

Vergl. Glück, Erläuterung der Pandecten Bd. 27 Seite 31 f. und Ortloff in seinen, Heimbach's und Vermehren's juristischen Abhandlungen und Rechtsfällen. Bd. 2 Seite 1 ff.

Das cap. 4 X. de donationibus inter virum et uxorem (4, 20) behandelt die erwähnte Strafe der schuldvollen Herbeiführung des Römischen repudium auch in Bezug auf die separatio perpetua des Canonischen Rechtes als practisch gültig. Wenn der Papst dabei des Ehebruches der Frau als der Ursache der Separation erwähnt, so geschieht Dies lediglich mit Bezug auf den ihm vorgelegten Rechtsfall, und würde es an allem Grunde fehlen, um hieraus eine Beschränkung der ausdrücklich gebilligten Römischen Vermögensstrafe auf den Fall des Ehebruches abzuleiten. Mit Recht nimmt daher Ortloff (a. a. O. Seite 19) an, daß die gedachte Strafe, wie überhaupt die gemeinen Vermögensstrafen der Scheidung nach dem Canonischen Rechte in allen Fällen angewendet werden müssen, in welchen dasselbe eine separatio perpetua eintreten läßt, und unterliegt es überall keinem Zweifel, daß die im protestantischen Eherechte an die Stelle der separatio perpetua getretene völlige Scheidung die gleiche Folge nicht bloß in dem Falle eines begangenen Ehebruches, sondern auch dann haben muß, wenn das Band der Ehe aus dem dem Ehebruch gesetzlich ganz gleichgestellten Grunde der böslichen Verlassung aufgelöst worden ist.

Vergl. Ortloff a. a. O. Seite 27 ff. und auch
Strippelmann, Ehescheidungsrecht, Seite 316 §. 68 not. 24.

---

## 76.

## Zur Auslegung und Anwendung der Vorschrift der Consistorialordnung vom 31. Januar 1570 Tit. VIII. sub VI. §. 4 betreffend die Erlaubniß der Wiederverheirathung bei der Scheidung einer Ehe.

So. 1334/1860.

In einem Falle, in welchem die Justiz-Canzlei zu Schwerin bei der Scheidung einer Ehe wegen Ehebruchs des Mannes

nicht bloß diesem, sondern auch der Ehefrau die Wiederverheirathung aus dem Grunde verboten hatte, weil dieselbe die Ehescheidung mit verschuldet habe, gestattete das Oberappellationsgericht mittels Bescheides vom 19. November 1860 der Ehefrau auf deren Recurs die Wiederverheirathung, indem es sich auf folgende Gründe stützte:

Die historische Grundlage der Consistorialordnung vom 31. Januar 1570 Tit. VIII. sub VI. §. 4 bildet die Bestimmung des Canonischen Rechtes, durch welche im cap. 12 X. de praesumtionibus (2, 23) in fin. verbis: „muliere sine spe conjugii remanente“ dem Ehebrecher für alle Zukunft auch nach dem Tode des anderen Ehegatten die Wiederverheirathung untersagt wird. Die protestantischen Kirchenrechtslehrer erkannten in der Consequenz des von ihnen überhaupt dem Canonischen Rechte gegenüber eingenommenen Standpunktes das erwähnte Verbot als fortdauernd gültig an.

Vergl. Carpzov, jurisprudent. eccles. lib. II. def. 191,
J. H. Böhmer, jus ecclesiast. Protestantium lib. IV. tit. 19 §. 45 verb.: „Interim praxis communis est“

Denn dasselbe stellt sich nicht etwa als eine Consequenz der verworfenen katholischen Doctrin von der sacramentalen Bedeutung der Ehe dar, sondern enthält eine selbständige Strafdrohung gegen den Ehebrecher und wird überall nicht von der Abweichung der protestantischen Lehre berührt, welche mit Bezug auf den Ausspruch Christi, Matth. Kap. 19 V. 9 die Erlaubniß der anderweitigen Verheirathung für Denjenigen fordert, welcher sich von seinem Weibe um der Hurerei willen scheidet. Vergegenwärtigt man sich diesen Zusammenhang, so ist klar, daß die Consistorialordnung a. a. O. das Verbot der Wiederverheirathung dem ehebrecherischen Theile gegenüber als gesetzliche Strafe des Ehebruchs aufrecht erhält. Aus eben diesem Grunde kann bei der weiter getroffenen Vorschrift, daß das Consistorium dem unschuldigen Theile sich mit einem Andern zu verehlichen erlauben solle, als Gegensatz nur der des Ehebruches schuldige Theil gemeint sein, und muß in Beihalt des in den Anhang der Schmalkaldischen Artikel aufgenommenen Satzes:

„so ist auch dies Unrecht, daß wo zwei geschieden werden, der unschuldige Theil nicht wieder heirathen soll,"

der ausdrücklichen Erlaubniß der Wiederverheirathung wesentlich eine declaratorische Bedeutung beigelegt werden, indem dadurch außer Zweifel gestellt werden soll, daß in der Person des betreffenden geschiedenen Ehegatten die Voraussetzungen vorhanden sind, welche nach protestantischer Lehre die Wiederverheirathung zulassen, wie dieser Gesichtspunkt insbesondere auch in der Landes-Ordnung des Herzogthums Preußen de 1525 (Richter, Kirchen-Ordnungen Bd. 1 S. 32 i. A.) und in der Brandenburgischen Visitations- und Consistorial-Ordnung von 1573 (Richter a. a. O. Bd. 2 S. 382) deutlich hervortritt. Als Resultat der Consistorial-Ordnung vom 31. Jannar 1570 ergiebt sich demnach, daß der wegen Ehebruches des anderen Theils geschiedene Ehegatte einen unbedingten Anspruch auf die Erlaubniß zur Wiederverheirathung hat, der Ehebrecher aber zur Strafe für dies sein Vergehen die Befugniß zur Wiederverheirathung für seine ganze Lebenszeit verliert. Die Anwendung der gleichen Sätze auf die malitiosa desertio rechtfertigt sich von selbst dadurch, daß die Consistorial-Ordnung die hierin liegende Verletzung der ehelichen Pflichten dem leiblichen Ehebruche gleichstellt; nirgends aber findet sich in jenem Gesetze eine Andeutung darüber, daß dem Richter die Befugniß hat eingeräumt werden sollen bei der Frage über die Gestattung der Wiederverheirathung in Untersuchungen über das Verhalten des durch Ehebruch oder malitiosa desertio Verletzten und dieserhalb Geschiedenen einzugehen. Die Erweiterung der Ehescheidungsgründe in der späteren Praxis hatte allerdings die analoge Ausdehnung des Verbotes der Wiederverheirathung zur Folge und erschien diese Ausdehnung des Letzteren auch dadurch als genügend motivirt, daß für die neuen Scheidungsgründe selbst nur in der Analogie des Ehebruches und der malitiosa desertio ein legaler Boden gewonnen werden konnte; allein mochte das in Frage stehende Verbot des cap. 12 X. cit. auch zu dem Satze hin verallgemeinert werden, daß Demjenigen, welcher durch sein Verhalten entweder allein oder gemeinschaftlich mit dem anderen Ehegatten rechtlich die Scheidung

verschuldet hat, für seine ganze Lebenszeit die Fähigkeit zur Eingehung einer zweiten Ehe entzogen werden müsse, so hat der Richter doch durch keine anzuerkennende Entwickelung der Praxis die Vollmacht erhalten das Verbot der Wiederverheirathung aus dem Grunde auszusprechen, weil ein Ehegatte sich im Allgemeinen während der Ehe pflichtwidrig betragen und dadurch dem anderen Ehegatten eine seine Sünde vom Standpunkte des natürlichen Menschen wohl zu erklärende, ihn aber vom Standpunkte der christlichen Moral überall nicht entschuldigende Veranlassung zu dem die Scheidung rechtfertigenden Fehltritte gegeben hat.

Im vorliegenden Falle mußte von den vorstehenden Erwägungen aus auf Grund der unmittelbar zutreffenden Bestimmung der Consistorial-Ordnung a. a. O. der Recurrentin die Wiederverheirathung gestattet werden, da zwischen ihrem allerdings keineswegs vorwurfsfreien Verhalten in der Ehe und dem Scheidungsgrunde, als welcher der Ehebruch ihres früheren Ehemannes rechtskräftig anerkannt worden ist, ein concreter rechtlicher Zusammenhang überall nicht besteht.

---

## 77.

## Inwieweit steht dem Vater die Befugniß zu über die zum peculium adventitium seines Hauskindes gehörenden Capitalien zu disponiren? Pa. 493/1860.

Der Gelbgießer P. zu S. nahm von der Mecklenburgischen Lebensversicherungs- und Sparbank gegen Ausstellung eines lediglich auf seine Person lautenden Wechsels am 21. Juli 1856 ein Darlehn von 350 Thlrn. auf, indem er gleichzeitig der erwähnten Bank zur Sicherheit für diese seine Wechselschuld einen Hypothekenschein über 400 Thlrn. cedirte, in welchem er in väterlicher Gewalt über seine minderjährige Tochter D. als Gläubiger aufgeführt war. Unterm 8. Februar 1859 klagte nun die inzwischen majorenn gewordene und verheirathete Tochter unter Anfechtung der so eben gedachten Disposition ihres Vaters

gegen die Lebensversicherungs- und Sparbank beim Magistratsgerichte zu Schwerin auf Herausgabe des Hypothekenscheines. Die Beklagte suchte in der Einredeschrift auszuführen, daß die Klägerin die von ihrem Vater vorgenommene Cession des Hypothekenscheines nach den Grundsätzen über die dem Vater hinsichtlich der bona adventitia seiner Hauskinder zuständige Dispositionsbefugniß unbedingt anzuerkennen verpflichtet sei und berief sich (abgesehen von mehreren anderen Einreden) auch darauf, daß der Vater der Klägerin bei Abschluß des Anleihegeschäftes erklärt habe, er wolle die 350 Thlr. für seine Tochter zur Aussteuer verwenden und müsse, um sie auszusteuern, das Papier realisiren.

Das Oberappellationsgericht erklärte in dem Erkenntnisse vom 18. November 1861 die Klage für begründet, ließ aber der Beklagten den Beweis der im Vorstehenden hervorgehobenen Einrede frei. Die Gründe lauten also:

1. — Da der Vater nach gesetzlicher Vorschrift an den bona adventitia des Hauskindes Nießbrauch haben soll, so scheint es, als ob auf dies Vermögen auch die Theorie des quasi ususfructus angewandt und folgeweise der Uebergang der res, quae usu consumuntur vel minuuntur, in das unbeschränkte Eigenthum des Vaters anerkannt, so wie demselben die Befugniß zugestanden werden müßte die zu den bona adventitia gehörigen Kapitalien zu seinem eigenen Nutzen zu verwenden, wogegen dem Hauskinde nur ein persönlicher Anspruch auf die demnächstige Restitution gleicher Quantitäten und Geldsummen einzuräumen sein würde. Der Annahme dieser Rechtssätze stehen indeß selbst die geringen Andeutungen, welche die Rechtsquellen über die einschlagenden Fragen enthalten, entscheidend entgegen. Abgesehen davon nämlich, daß dem Vater die Veräußerung der zu den bona adventitia gehörigen Sachen in eigenem Namen schlechthin verboten,

vergl. l. 1 C. de bonis maternis (6, 60),
l. 6 §. 2 C. de bonis, quae liberis (6, 61),

die Veräußerung im Namen des Hauskindes aber nur in den in der l. 8 §§. 4, 5 C. de bonis, quae liberis (6, 61) aus-

drücklich erwähnten Fällen gestattet ist, bestimmt Justinian an der zuletzt angeführten Stelle für den Fall der Veräußerung lästiger oder schädlicher Erbschaftssachen ut pretium earum vel in res vel in causas hereditarias procedat, vel filio servetur. Die nach den Grundsätzen des quasi ususfructus erlaubte Verwendung zu eigenen Zwecken des Vaters wird hierdurch direct ausgeschlossen, und verliert auch die vorgeschriebene Aufbewahrung des Geldes alles Auffallende, wenn man sich die Unsicherheit des Römischen Hypothekenwesens und die daraus hervorgegangenen Vorschriften der Nov. 72 cap. 6—8 in Verbindung mit dem Umstande vergegenwärtigt, daß den Römern die Rechtsansichten fremd waren, von welchen aus die moderne Praxis die Eingehung von Verträgen durch den Vater im Namen des Hauskindes zuläßt. Die unbeschränkte Verwaltungsbefugniß des Vaters erstreckt sich nun freilich auf die ausstehenden Forderungen, und kann insbesondere seine Legitimation zur Erhebung von Kapitalien, welche nach l. 1 C. de bonis maternis (6, 60) nicht unter den Begriff der alienatio fällt, eben so wenig bezweifelt werden, wie seine Befugniß zur Umsetzung der Kapitalien in Geld durch Vermittelung von Cessionen im Allgemeinen einem gegründeten Bedenken unterliegt.

Vergl. v. Nettelbladt, Rechtssprüche Bd. 2 Seite 154 f.,
Tschierpe, Erörterungen zur Mecklenburger revidirten Hypothekenordnung über Landgüter Seite 121.

Auch knüpft kein Gesetzesausspruch die Gültigkeit der Verfügungen, welche der Vater als Verwalter der Adventitien mit Kapitalien des Hauskindes vornimmt, an die Beobachtung irgend einer Form, und braucht der Dritte, welcher mit dem Vater über solche Kapitalien contrahirt, nicht Erkundigungen über die von diesem bezweckte Verwendung der Valuta anzustellen. Allein nach Maßgabe des in der l. 8 §. 5 cit. über den Kaufpreis von Erbschaftssachen Bestimmten muß dem Vater das Recht abgesprochen werden das in Folge der Erhebung der Kapitalien empfangene Geld zu seinem eigenen Nutzen zu verwenden, und fordert es die Consequenz, eben so die von ihm über die For-

derungen selbst zu seinen individuellen Vermögenszwecken getroffenen Verfügungen für rechtswidrig zu erklären, wie ja auch die Vorschriften über seine Pflicht zur Conservirung der Substanz der Adventitien ihrer Natur nach ganz allgemein sind, und keineswegeß ausschließlich auf die körperlichen Sachen beschränkt werden dürfen

vergl. l. 2 C. de bonis maternis (6, 60)
und l. 5 C. de secundis nuptiis (5, 9).

Genügt es allerdings für die Sicherheit des dritten Contrahenten, daß das Geschäft, welches der Vater mit ihm über Kapitalien der fraglichen Art abschließt, sich nach Außen als ein Verwaltungsact darstellt — wie Dies im Allgemeinen auch bei der Erhebung des Geldes durch Vermittelung einer Cession der Fall ist —, so stellt sich die Sache doch anders, wenn durch den Inhalt des abgeschlossenen Geschäftes selbst die Qualität desselben als einer vom Vater zu eigenen Vermögenszwecken unternommenen Disposition über das der Substanz nach dem Hauskinde gehörende Kapital dargelegt wird, und muß unter dieser Voraussetzung die Verfügung des Vaters in Bezug auf den von Seiten des Dritten beabsichtigten Rechtserwerb für wirkungslos erklärt werden, da für den Letzteren die Ueberschreitung der väterlichen Verwaltungsbefugnisse in dem unterstellten Falle von vorn herein erkennbar war. Ein verbindliches Gewohnheitsrecht, nach welchem selbst rechtswidrige Dispositionen der angeführten Art als gültig anzuerkennen wären, existirt nicht.

2. — Das Rechtsgeschäft, auf welches sich der gegenwärtige Rechtsstreit bezieht, trägt in seiner äußeren Erscheinung durchaus den Character einer nach dem Vorstehenden unerlaubten Disposition des Vaters der Klägerin. Derselbe erhebt nämlich für sich gegen Ausstellung eines auf ihn lautenden Wechsels eine Summe von 350 Thlrn. von der Beklagten und cedirt dagegen zur Sicherheit eine seiner Tochter gehörende und auf ihn ausdrücklich nur in väterlicher Vormundschaft seiner Tochter ausgestellte hypothekarische Forderung, verpfändet also für seine Schuld ein fremdes nomen. Die Beklagte ist daher nicht befugt, sich zur Elidirung der Klage auf dies Geschäft allein zu berufen, da dasselbe, in so weit sein unmittelbarer Inhalt zur

Frage steht, den Rechten der Haustochter nicht zu präjudiciren vermochte. — — — — — — — — — — —

6. — Die Beklagte hat sich (aber) — — noch darauf berufen, daß der Vater der Klägerin beim Abschlusse des Anleihegeschäftes vom 21. Juli 1856 ausdrücklich erklärt habe, er wolle die 350 Thlr. für seine Tochter zur Aussteuer verwenden und müsse, um sie auszusteuern, das Papier realisiren. Diese Einwendung erscheint als relevant. Denn durch die gedachte Erklärung gab der Vater der Klägerin zur Genüge zu erkennen, daß er das ganze Geschäft nur im Interesse der Tochter und als Verwalter ihres Vermögens abschließe, um das zu ihrer Aussteuer erforderliche Geld durch Disposition über den Hypothekenschein aus ihren eigenen Mitteln herbeizuschaffen. Wenn er dessenungeachtet den Wechsel nur mit seinem Namen und für seine eigene Person unterzeichnete, so beweist Dies neben der in Frage stehenden Erklärung nur, daß er sich selbst zur formellen Uebernahme der Schuld herbeiließ, welche bei der Aufnahme des Darlehns für die Tochter contrahirt werden mußte; die Verpfändung des Hypothekenscheins hörte aber in Folge dieses Umstandes nicht auf, sich als ein im Namen der Tochter vorgenommener Verwaltungsact darzustellen, und würde man zu einem nicht mit den Forderungen des materiellen Rechts zu vereinigenden Resultate gelangen, wenn man unter Ignorirung der mehrberegten mündlichen Erklärung lediglich den formellen Wortlaut des Wechsels und der Cessionsacte im Widerspruche mit der wirklichen Absicht der Contrahenten zum Nachtheile der Beklagten urgiren wollte. Uebrigens erscheint beim Leugnen der Klägerin rücksichtlich der fraglichen mündlichen Erklärung noch eine Beweisauflage als nothwendig — — — —.

## 78.

## Befreiung von der Uebernahme einer Vormundschaft wegen des Vorhandenseins eigener Kinder.

Sa. 1370/1861.

Der zur Führung einer Vormundschaft berufene Pächter eines größeren Landgutes hatte dem obervormundschaftlichen Gerichte vergebens vorgestellt, daß er dies Amt nicht zu übernehmen brauche, da er nicht bloß einen sehr ausgedehnten landwirthschaftlichen Betrieb zu besorgen, sondern auch sechs eigene unmündige Kinder zu erziehen habe. Das Oberappellationsgericht erklärte diesen Excusationsgrund für ausreichend und bemerkte dabei in dem Recursbescheide vom 18. Juli 1861:

Wenn auch der historische Grund, auf dem die excusatio propter liberos beruht, hinweggefallen ist, so ist diese Letztere doch noch im neuesten Römischen Rechte bei Bestand geblieben und kann das Vorhandensein einer die Anwendlichkeit dieser Bestimmung ausschließenden entgegengesetzten Praxis nicht angenommen werden. Da nun Recurrent sechs noch unmündige Kinder besitzt, und daneben eine umfängliche eigene Wirthschaft zu führen hat, so mußte auf dessen Vorstellung seine Bestellung zum Mitvormunde für die gedachten Minorennen zurückgenommen werden.

---

## 79.

## Zur Lehre von der Bevormundung minderjähriger Ehefrauen (insbesondere in Anwendung auf das statutarische Recht der Stadt Marlow). Se. 1277/1859.

Der Rechtssatz, daß minderjährige Ehefrauen eines Altersvormundes nicht bedürfen, weil dessen Stelle durch den Ehemann vertreten werde,

Kraut, Vormundschaftsrecht, Bd. II. S. 89 Anm. 10 und S. 172 ff.,

hat früher auch in Mecklenburg als gemeines Landesrecht gegolten, ist aber durch die Verordnung vom 10. März 1771

„für alle Landeseingesessene und Unterthanen, so weit sie nicht unter Lübeckisches oder ein anderes städtisches Recht gehören", aufgehoben worden. Für die ausgenommenen städtischen Gebiete giebt das Gesetz überall keine positiven Vorschriften; es will an den statutarischen Bestimmungen nichts ändern, dieselben aber eben so wenig für schlechthin unabänderlich erklären, und es bleibt daher immerhin möglich, daß die Landesverordnung auch in der einen oder der anderen von den Städten, für welche sie nicht berechnet war, Eingang gefunden habe.

Das Waisengericht der Stadt Marlow, in welcher lübisches Recht gilt, wollte bei Regulirung einer Erbschaft den Ehemann einer minorennen Miterbin als deren Vertreter nicht anerkennen, sondern verwies auf die Nothwendigkeit der Bestellung eines Altersvormundes, obwohl der Ehemann geltend machte, daß er nach lübischem Rechte Vormund seiner Ehefrau sei. Er querulirte, wurde aber sowohl von der Justiz-Canzlei zu Rostock, als vom Oberappellationsgerichte zurückgewiesen, nachdem das Waisengericht auf Erfordern berichtet hatte, daß in seiner Registratur kein einziger Fall aufgefunden sei, in welchem die eheliche Vormundschaft des Mannes während der Minderjährigkeit der Frau Anwendung gefunden habe.

Die Gründe des oberappellationsgerichtlichen Bescheides vom 12. Mai 1859 sind folgende:

Nach dem Zeugnisse des Waisengerichts hat es in Marlow bisher als unbestrittene Regel gegolten, daß minderjährige Frauenzimmer durch ihre Verheirathung der Altersvormundschaft nicht enthoben werden, insbesondere ist kein einziges Beispiel bekannt, daß der Ehemann als solcher diese Vormundschaft geführt oder auch nur in Anspruch genommen hätte. Diese Thatsachen lassen auf einen zu Grunde liegenden ungeschriebenen Rechtssatz schließen, welcher, so weit sein Inhalt reicht, dem dort in subsidium zur Anwendung kommenden lübischen Rechte derogirt, so daß die Stadt aus der Reihe derjenigen Orte ausscheidet, für welche aus Rücksicht auf das lübische Recht die Landesverordnung vom 10. März 1771 nicht gegeben ist. Daneben kann das lübische Güterrecht unter Ehegatten im vollen Umfange bestehen, weil dasselbe eine persönliche Bevormundung der Frau durch den

Mann durchaus nicht nothwendig mit sich bringt, wie denn überhaupt das persönliche Verhältniß der Ehegatten von dem Güterrechte ganz unabhängig ist. Das mundium des Mannes kann in der alten vollen Bedeutung des Wortes mit dem Systeme der Gütertrennung verbunden und von jeder Form der Güter-Einheit und Gemeinschaft getrennt gedacht werden. Was insbesondere das lübische System der Gütereinheit betrifft, so stellt dasselbe das von der Frau eingebrachte und während der Ehe erworbene Vermögen unter die Hand des Mannes und hindert die Frau an solchen Dispositionen über diese bestimmten Objecte, welche des Mannes Rechte beeinträchtigen würden, läßt aber im Uebrigen ihre Dispositionsfähigkeit unberührt.

cfr. Gerber, Deutsches Privatrecht, §. 231 Not. 7

Volljährige Ehefrauen bedürfen daher beim Abschlusse von Rechtsgeschäften der Vertretung durch ihren Mann nicht, und sind, wenn die güterrechtlichen Befugnisse desselben nicht verletzt werden, nur da wo die Geschlechtsvormundschaft noch gilt an seine Zustimmung gebunden; minderjährige müssen allerdings, so weit sie handlungsunfähig sind, einen Vertreter haben, allein das Güterverhältniß weist diese Function nicht ohne Weiteres dem Manne zu und schließt die obrigkeitliche Anordnung einer Altersvormundschaft nicht aus.

---

## 80.

### Cura sexus **in Ribnitz.** Si. 1293/$_{1859}$.

Aus einem Querelbescheide vom 18. Juli 1859.

Nach dem vom Beklagten beigebrachten amtlichen Zeugnisse des Ribnitzer Magistrats hat sich das Institut der Geschlechtsvormundschaft in dortiger Stadt erhalten und besteht noch jetzt in anerkannter Wirksamkeit. Bedürfen volljährige Frauenzimmer, wie hier ausdrücklich hervorgehoben ist, zum Abschlusse bindender Rechtsgeschäfte über ihre Vermögensverhältnisse der Assistenz ihres Geschlechtsvormundes, so folgt von selbst, daß sie ohne dessen Zuziehung keine Processe führen können. Dieses amtliche Zeug-

niß, welches von der für das Vormundschaftswesen competenten Behörde ausgestellt und mit dem Hinweise auf eine ganz constante, durch sämmtliche vorhandene Acten bestätigte Praxis hinlänglich motivirt ist, wird durch die auch sonst schon als unrichtig erkannte Bemerkung bei Kamptz, Civilrecht, Bd. II. Seite 710 nr. II.. nicht widerlegt.

---

## 81.

## Ueber die Befugniß städtischer Waisengerichte zur Entgegennahme von Testamenten und über die zu diesem Acte erforderliche Besetzung derselben.

Der vom Oberappellationsgerichte unterm 19. December 1859 an das Großherzogliche Justizministerium zu Schwerin erstattete Bericht enthält Folgendes:

Ob ein Stadtmagistrat, dem alle streitige Jurisdiction fehlt, Testamente mit Rechts-Effect auf- und annimmt, wird sich aus der L. 19 C. de testam. (6, 23) ungeachtet der Allgemeinheit ihrer Worte:

Securus erit, qui actis cujuscunque judicis aut municipum — mentis suae postremum publicavit judicium,

nicht entscheiden lassen, weil die römischen Municipalbeamten eine gewisse jurisdictio contentiosa hatten.

Indessen haben unsere Stadtmagistrate in so ferne eine umfänglichere Gerichtsbarkeit, als das Vormundschaftswesen hinsichtlich aller nicht eximirten Stadteinwohner in ihre Hände gelegt ist, so daß ihnen die Bestätigung und Ernennung von Vormündern, die Entscheidung über die Curatel-Rechnungen und der ganze obervormundschaftliche Betrieb unbeschränkt gebührt. Die Ausübung der obervormundschaftlichen Functionen, welche in Rom zum officium jus dicentis gehörten, erfordert eine causae cognitio, die Bescheide haben eine gewisse Verwandtschaft mit richterlichen, die Beschwerden über die Erlasse und Anordnungen der Waisengerichte führen an die Landesgerichte, und zwar früher mittels der sonstigen Civilrechtsmittel, und man stellte die ober-

vormundschaftliche Thätigkeit gewöhnlich unter die jurisdictio mixta.

Donelli, comm. Lib. 17 cap. 8 §. 7 und 13.
Glück, Comm. Th. 3 S. 68.

Hiemit mag es zusammenhangen, daß wie es scheint, überall das Recht der Magistrate als Waisengerichte letztwillige Verfügungen auf- und anzunehmen besteht. Wie geringe auch ihre Theilnahme an streitigen Rechtssachen in den meisten mecklenburgischen Städten ist, und wie sehr sie auch, insbesondere in örtlicher Hinsicht, auf ein Minimum beschränkt wurde — die — — — — Berechtigung der Magistrate (zur Solennisirung öffentlicher Testamente) wurde theils ausdrücklich in Jurisdictions-Regulativen, theils dadurch anerkannt, daß magistratliche Gebühren-Taxen sich auf Ansätze für solche Geschäfte erstreckten.

Ersteres ist z. B. der Fall im §. 7 des Jurisdictions-Regulativs für Boitzenburg (v. Both Forts. S. 284), sowie im §. 8 des Jurisdictions-Regulativs für Plau vom 10. November 1810 (Raabe IV., Seite 801), und die dortige ältere Sporteltaxe vom 23. October 1794 (v. Nettelbladt, Archiv Bd. 2 Seite 233) führte schon betreffende Ansätze. Das Andere ergiebt sich z. B. aus den Tax-Reglements für die Magistrate zu

Rehna (Schröder, Gesetz-Samml. I. 2 Seite 410)
Grevesmühlen (v. Both, Forts. Seite 311)
Gadebusch (v. Nettelbladt, Archiv Bd. 2, Seite 256)
Gnoien (Rostocker gelehrte Beiträge 1841 Seite 650)

Selbst da, wo die Magistrate entschieden gar keine streitige Jurisdiction haben, wie in Marlow, treffen wir ein Gleiches an,

Cfr. die Sporteltaxe für das Waisengericht zu Marlow in v. Nettelbladt's Archiv Bd. 3, Seite 194.

und in dem wegen der Irrungen in der Stadt Penzlin geschlossenen Vergleiche Nr. VIII. (Rostocker Nachrichten 1820 Seite 62) heißt es geradezu:

Dagegen verbleibt dem Magistrate das den Stadtobrigkeiten in den Städten zustehende Waisengericht, wohin besonders die Annahme und Publication der Testamente — — — gehören.

Es läßt sich daher wohl behaupten, daß die Stadtmagistrate als Waisengerichte zur Auf- und Annahme letztwilliger Ordnungen competent sind, in so weit ihnen nicht ein anderes Herkommen entgegensteht. — — —

Was die Besetzung des Gerichts zu solchen Handlungen betrifft, so genügt — wo nicht specielle andere Vorschriften bestehen — die Deputation eines Rathsmitgliedes und des Stadtsecretärs oder eines sonstigen angestellten und ein für allemal beeidigten Protocollführers. Eines besonderen Beisitzers bedarf es daneben nicht. Wird ein solcher neben dem Rathsmitgliede zugezogen, so ist das als überflüssig natürlich unschädlich. Daß er aber die unerläßliche Zuziehung eines Rathsmitgliedes nicht ersetzen kann, versteht sich von selbst.

Daß vom Rath ein rechtsgelehrtes Mitglied zu dem Acte deputirt werde, ist gewiß zu empfehlen, aber durchaus nicht nothwendig. Denn eine causae cognitio ist nicht erforderlich, es handelt sich wesentlich nur um gehörige Beglaubigung, und wenn nach der städtischen Verfassung Personen des Raths, die nicht Rechtsgelehrte sind, am Waisengerichte Theil nehmen, so ist hier §. I der Verordnung vom 27. September 1837 (Offic. Wochenblatt Seite 206) unanwendlich. — — —

Ist der Stadtsecretair oder angestellte Protocollführer behindert, so kann nach §. 425 des landesgrundgesetzlichen Erbvergleichs statt seiner ein specialiter ad acta beeidigter Notar adhibirt werden. Die Verordnung vom 22. März 1836 (Offic. Wochenblatt S. 14) fügt hinzu, daß es für Handlungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit bei allen Gerichten, bei welchen kein Actuarius angestellt ist, genüge, wenn das Protocoll durch eine besonders hiezu beeidigte und verpflichtete Person geführt worden. Der Fall, wo der Actuar behindert ist, steht dem Mangel eines angestellten Actuars für unsere Frage gleich. Die geschehene Beeidigung des substituirten Protocollführers ist jedoch unerläßlich.

---

## 82.

## Zur Lehre von den Testamentsexecutoren.

I. In den Gründen des Erkenntnisses vom 18. Februar 1860 (Ga. 420/$_{1859}$) wird vom Oberappellationsgerichte Folgendes ausgeführt:

1. — Die Gesichtspunkte von welchen aus die beiden vorigen Erkenntnisse in verschiedenem Sinne die Frage beantwortet haben, unter welchen Voraussetzungen ein Legatar zur Klage gegen den Testamentsexecutor berechtigt sei, können theils nicht für zutreffend, theils nicht für ausreichend erachtet werden. Die von dem ersten Richter angenommene Theorie Beseler's, nach welcher der Testamentsexecutor als formeller Repräsentant des Erblassers aufzufassen sein soll, stützt sich auf den richtigen Gedanken, daß der Testamentsvollstrecker unabhängig von dem Erben nach Maßgabe der ihm vom Testator ertheilten Vollmachten für die Ausführung der letztwilligen Dispositionen zu sorgen hat, und somit die Vertretung und Aufrechterhaltung des seiner Obhut anvertrauten letzten Willens als seine Aufgabe erscheint. Es ist indeß nicht gerechtfertigt, denselben um dieser Stellung willen als einen im heutigen Rechte neben den Römischen heres getretenen formellen Repräsentanten des Erblassers zu behandeln, da für eine anderweitige Repräsentation des Letzteren kein Raum mehr bleibt, wenn dessen gesammte vermögensrechtliche Persönlichkeit in Gemäßheit des Römischen Rechtes als auf den Erben übergehend angesehen wird. Kann zwar von dem Gegensatze einer formellen und materiellen Repräsentation des Erblassers da gesprochen werden, wo bei dem Erben nach der Restitution eines Universalfideicommisses nur das von allem vermögensrechtlichen Inhalte entkleidete nomen heredis zurückbleibt: so wird die vermögensrechtliche Persönlichkeit des Erblassers dagegen in keiner Weise vom Testamentsexecutor dargestellt, welcher als solcher überall nicht in Rechte des Verstorbenen succedirt und daher eben so wenig die Bedeutung eines Repräsentanten des Letzteren hat, wie eine solche den Waisengerichten in Bezug auf denjenigen Theil ihres Berufes beizulegen ist, vermöge dessen sie

innerhalb ihrer gesetzlichen Competenz für die Erfüllung rechtsbeständiger letztwilliger Bestimmungen zu wachen haben. Die Annahme einer formellen Repräsentation des Erblassers durch den Testamentsexecutor ist demnach gemeinrechtlich unhaltbar, und entbehrt es vollends aller rechtlichen Basis, wenn das erste Erkenntniß aus dieser unrichtigen theoretischen Auffassung die übrigens von Beseler selbst nicht vertheidigte Folgerung ableitet, daß der Testamentsexecutor bei jeder Klage aus dem Testamente der rechte Beklagte sei, ohne daß Etwas darauf ankomme, in welchem Stadium der Ordnung sich die materielle Erbschaft befinde.

2. — Das vorige Gericht geht davon aus, daß die Bestellung des Executors im Testamente rechtlich nur als ein demselben ertheilter Auftrag aufzufassen sei den im Testamente ausgesprochenen Willen im Namen der Erben zum Vollzuge zu bringen. Mit Recht hat aber schon Beseler (in der Zeitschrift für Deutsches Recht Bd. 9 Seite 166 ff.) darauf hingewiesen, daß ein Mandatsvertrag zwischen dem Erblasser und dem Testamentsexecutor nicht dadurch würde zu Stande kommen können, daß der Erstere in seinem Testamente einen Auftrag ertheilt, und erst nach seinem Tode von dem Beauftragten eine acceptirende Erklärung abgegeben wird, während in dem praktischen Rechte kein Zweifel darüber besteht, daß die vor dem Tode des Erblassers ohne Acceptation gebliebene Ernennung eines Testamentsexecutors in einem Testamente oder Codicille gerade als eine einseitige letztwillige Disposition Gültigkeit hat und nur in Bezug auf ihre Ausführung davon abhängig ist, daß die erwählte Person demnächst das ihr zugedachte Amt annimmt. Entscheidend kommt hinzu, daß, wenn hier ein Mandat vorläge, die durch dasselbe begründeten Rechte auf die Erben übergehen müßten; damit ist es aber unvereinbar, daß diese weder die Befugniß haben, den dem Testamentsexecutor ertheilten Auftrag zurückzunehmen, noch die Vollmachten zu beschränken, welche demselben in Bezug auf die Ueberwachung ihrer selbst ertheilt sind, und ist es überhaupt vom Gesichtspunkte des Mandats aus unmöglich juristisch die Klage zu construiren, mittels deren

der Testamentsexecutor unstreitig die Erben zur Erfüllung letztwilliger Auflagen anhalten kann, wenn im einzelnen Falle feststeht, daß der Testator die Competenz desselben auf diesen Punkt hat ausdehnen wollen. Auch darf nicht übersehen werden, daß der vom Testator ernannte Testamentsvollstrecker mit den im Testamente Honorirten gar nicht rücksichtlich des denselben letztwillig Zugewendeten contrahirt, und es daher an einem durchschlagenden Grunde für die Annahme des vorigen Gerichts fehlt, daß der Testamentsexecutor ganz wie ein nomine alieno contrahirender Mandatar zu behandeln sei, welcher die Klage aus dem abgeschlossenen Vertrage unter der Voraussetzung aufnehmen müsse, daß sein Mandat noch bestehe und daß er noch Vermögen des Mandanten in Händen habe.

3. — Untersucht man die aufgeworfene Frage über die Passivlegitimation des Testamentsexecutors unabhängig von den im Vorstehenden zurückgewiesenen Gesichtspunkten, so kann das entscheidende Princip nur ermittelt werden, wenn man denselben in seiner Eigenthümlichkeit als eine Mittelsperson auffaßt, welche die Aufgabe hat für die Realisirung der letztwilligen Dispositionen des Testators zu sorgen und je nach dem Umfange der ihm ertheilten Vollmachten auch die Erbschaft zu reguliren und zu vertheilen. Wie er nämlich die ihm in dieser eigenthümlichen Stellung vom Testator übertragenen Rechte gegen jeden Dritten geltend machen kann, so ist er auch jedem Dritten, welcher an der Ausführung des letzten Willens ein rechtliches Interesse hat, wegen der diesen Rechten entsprechenden Pflichten verantwortlich, und erstreckt sich demnach seine Passivlegitimation, eben so wie seine Activlegitimation, so weit, wie der Kreis der ihm übertragenen Geschäfte. Im Römischen Rechte bieten die Grundsätze über die dem Honorirten aus dem Testamente gegen den Onerirten zustehende Klage die nächste Analogie für den aufgestellten Satz,

vergl. Mühlenbruch in der Fortsetzung von Glück's Erläuterung der Pandecten Thl. 43 Seite 421, 422 not- 93 und Seite 444 f.,

auch gewinnt derselbe im Canonischen Rechte in so fern eine Stütze, als die Päpste es dem Bischofe, als Inhaber der juris-

dictio ordinaria, sogar zur Pflicht machen, von Amtswegen und mittels Verhängung von Strafen die Testamentsexecutoren, welche den ihnen vom Testator ertheilten Auftrag angenommen haben, zur Erfüllung des letzten Willens anzuhalten.

cap. 17 und 19 X. de testamentis (3, 26)
Clement. unic. eod. titulo (3, 6)

Als Consequenz aus dem Vorstehenden ergiebt sich, daß der Testamentsexecutor, wenn er mit genereller Vollmacht zur Vollstreckung des Testaments versehen ist und sich nach dem Willen seines Constituenten zum Zwecke der ihm gleichfalls übertragenen Regulirung der Erbschaft in deren Besitz gesetzt hat, regelmäßig sowohl von den Erbschaftsgläubigern, als auch von den im Testamente Honorirten wird belangt werden können, in so weit er die Erbschaft unter sich hat, und seine Passivlegitimation nicht etwa bei einem Streite über den Rechtsbestand oder den Umfang des geltend gemachten Anspruches durch die solchen Falles nach Lage der Sache zu berücksichtigenden Rechte der onerirten Erben beschränkt wird. In wie fern er auch noch später verpflichtet ist eine Klage aus dem Testamente aufzunehmen, kann nur nach den Umständen des einzelnen Falles in Gemäßheit des erkennbaren Willens des Testators, so wie unter Berücksichtigung der etwa vom Testamentsexecutor bei der Regulirung der Erbschaft und bei der Herausgabe des Nachlasses begangenen Pflichtwidrigkeiten oder Versäumnisse beurtheilt werden.

— — — — — — — — — — — —

Von den vorstehenden Gesichtspunkten aus wurde in dem erwähnten Erkenntnisse des Oberappellationsgerichts eine Reihe von Ansprüchen abgewiesen, welche die geschiedene G. zu Schwerin gegen den Advocaten W. daselbst, als Testamentsvollstrecker der wailand Bäckerwittwe H. zu einer Zeit erhob, wo derselbe den Nachlaß bereits an die Testamentserben herausgegeben hatte. Die Klägerin, welcher von der Bäckerwittwe H. der Nießbrauch an der Erbportion des mitinstituirten Erben H. K. für die Zeit der Minorennität desselben legirt worden war, glaubte nämlich in ihren Rechten von dem Testamentsexecutor insbesondere dadurch beeinträchtigt zu sein,

1. daß sie von demselben nicht zu den Verhandlungen zugezogen worden war, mittels deren sich unter seiner Leitung die Erben der Testatrix mit den Erben ihres vorverstorbenen Ehemannes über das bis zum Tode der Ersteren in Communion gebliebene Vermögen der beiden verstorbenen Eheleute auseinandergesetzt hatten, und zwar führte die Klägerin in den monitis 2 ff. eine Reihe von Punkten an, in welchen ihrer Meinung nach den Erben des Ehemannes ungerechtfertigte Concessionen gemacht seien.

2. fühlte sie sich dadurch in ihrem Nießbrauchsrechte verletzt, daß ihr die Früchte und Zinsen der Erbportion des Substantialerben H. K. nicht vom Tode der Erblasserin, sondern erst von einem späteren Zeitpunkte (der Beendigung der Erbregulirung) an ausgekehrt waren. Ihr Klagegesuch ging dahin, daß der Testamentsexecutor verurtheilt werde:

ad 1, die Summen, welche den Erben des Ehemannes der Testatrix bei der Auseinandersetzung ohne ausreichenden Grund zugestanden seien, von denselben einzuziehen, damit sie von dem auf die Erbportion des H. K. fallenden Theile den Nießbrauch beziehen könne;

ad 2 aber den Betrag der ihr für die erwähnte Zeit vorenthaltenen Früchte und Zinsen auszuzahlen.

Der Beklagte bestritt vorzüglich seine legitimatio ad causam passiva und machte geltend, daß er mit den hervorgehobenen Ansprüchen nicht mehr nach Herausgabe des Nachlasses an die Erben belangt werden könne; dem sub 2 erwähnten Anspruche stellte er weiter den Einwand entgegen, daß er in seiner Eigenschaft als Specialcurator des Substantialerben H. K. auf Grund des Testamentes die Berechtigung der Klägerin die Früchte und Zinsen der Erbportion des Letzteren vom Zeitpunkte des Todes der Erblasserin an zu beziehen nicht anerkennen könne.

Die Gründe des erwähnten Erkenntnisses vom 18. Februar 1860 motiviren die Abweisung der vorstehenden speciellen Ansprüche der klagenden Legatarin also:

5. -- Was nun die einzelnen Klagepunkte anlangt, so enthalten die monita 2 ff. Beschwerden darüber, daß bei der Aus-

einanderſetzung der Erben der Wittwe H. mit den Erben des vorverſtorbenen Ehemannes derſelben ſowohl unhaltbare Forderungen der Letzteren gegen die Erſteren als begründet angenommen, als auch wohlbegründete Forderungen der Erſteren gegen die Letzteren aufgegeben ſeien, und begehrt die Klägerin, daß der Beklagte angehalten werde die Summen, welche den Gebrüdern L. als den Erben des Ehemannes beim Abſchluſſe des Theilungsrecesses ſolchergeſtalt ohne ausreichenden rechtlichen Grund überlaſſen ſeien, von denſelben wiederum einzuziehen, damit ſie von der Hälfte den Nießbrauch beziehen könne. — Bei der rechtlichen Würdigung dieſes Begehrens muß zunächſt feſtgehalten werden, daß die Erben der Wittwe H. den Gebrüdern L. in Bezug auf die beregten obligatoriſchen Verhältniſſe als die allein Verpflichteten und reſp. Berechtigten gegenüberſtanden und daher zur Abſchließung des Auseinanderſetzungsvertrages in den von der Klägerin in dem gegenwärtigen Rechtsſtreite zur Beſchwerde gezogenen Punkten ohne die Theilnahme der Letzteren legitimirt waren. Die obligatoriſchen Verbindlichkeiten der Erblaſſerin ſind nämlich in Gemäßheit der allgemeinen Grundſätze ausſchließlich auf die Erben übergegangen, ohne die Perſon der mit dem Nießbrauch bedachten Legatarin zu berühren. Das Gleiche gilt von den perſönlichen Forderungsrechten der Teſtatrix, auf deren Uebertragung oder Ausübung mittels einer actio utilis die Klägerin ſelbſt dann, wenn ihr der Nießbrauch ohne Beſchränkung vermacht wäre, erſt nach Beſtellung der cautio usufructuaria ein Recht erlangt haben würde.

l. 1 C. de usufructu (3, 33),
l. 24 pr. D. de usu et usufructu (33, 2).

Die Teſtatrix hat aber im §. 7 ihres Teſtaments vorgeſchrieben, daß das dem H. K. zufallende Vermögen während der Zeit ſeiner Minderjährigkeit, für deren Dauer auch der Nießbrauch der Klägerin angeordnet worden iſt, durch einen Specialcurator verwaltet werden ſoll, womit es ſchlechthin unvereinbar ſein würde, der Legatarin die regelmäßig mit dem ususfructus omnium bonorum verbundenen Verwaltungsrechte einzuräumen. Die Abſicht der Erblaſſerin kann daher, insbeſondere in Bezug auf die

zur Erbportion des H. K. gehörigen Forderungsrechte, nur dahin gedeutet werden, daß dieselben gänzlich der Disposition der Nießbraucherin haben entzogen und diese auf das Recht habe beschränkt werden sollen von dem Specialcurator des Substantialerben die Zinsen der zu dem Erbtheile des Letzteren gehörenden Kapitalien zu fordern. An sich sind daher die Rechte der Klägerin nicht dadurch verletzt worden, daß der Testamentsexecutor die Auseinandersetzung der Erben der Wittwe H. mit den Gebrüdern L. über die aus der Communion des Vermögens der H.'schen Eheleute für beide Theile erwachsenen persönlichen Verbindlichkeiten ohne Zuziehung der Klägerin hat geschehen lassen. Wie derselben aber für den Fall, daß die Erbportion des H. K. durch die Eingehung eines ungünstigen Vergleiches über jene praestationes personales eine Einbuße erlitten hätte, das Recht zustehen würde mit der Klage aus dem Testamente von jenem onerirten Erben die Zinsen des vollen ursprünglichen Erbtheils zu verlangen, so würde ihr allerdings auch die Befugniß gewährt werden müssen den Testamentsexecutor in Anspruch zu nehmen, wenn dieser bei der Mitwirkung zum Zustandekommen des ungünstigen Theilrecesses seine Pflichten in culposer Weise verletzt und dadurch für die Nießbraucherin einen Schaden herbeigeführt hätte.

6. — In den beiden so eben hervorgehobenen Beziehungen lassen die Darlegungen der Klägerin die für die Begründung eines Anspruches gegen den Beklagten erforderlichen Voraussetzungen vermissen. An einem Schadensnachweise fehlt es ganz, da die Klägerin Nichts darüber vorgebracht hat, daß der ihr nach dem Testamente gegen den H. K. zustehende Anspruch auf Zahlung der Zinsen von dem vollen ursprünglichen Werthe seines Erbtheils in Folge der durch den angeblich ungünstigen Auseinandersetzungsvertrag herbeigeführten Schmälerung der Erbmasse entweder inexigibel geworden, oder für die Zukunft gefährdet, oder sie auch sonst nur durch die Erschwerung der Rechtsverfolgung rücksichtlich jenes Anspruches in eine nachtheiligere Lage versetzt sei. Eben so wenig hat die Klägerin Thatsachen angeführt, aus welchen gegen den Beklagten der Vorwurf einer culpa

hergeleitet werden könnte. — — — — — — —
— — — — — — — — — — — — —

9. — In Bezug auf die Monita 6 ff., welche den Umfang der der Klägerin dem Substantialerben H. K. gegenüber zustehenden Rechte betreffen, ist die Einrede der fehlenden Passivlegitimation zweifellos begründet. Da der Beklagte die bezüglichen Ansprüche der Klägerin nicht anerkennt, so kann nämlich der Streit über deren Begründung nur zwischen der Letzteren und ihm, in seiner Eigenschaft als Specialcurator des H. K., ausgemacht werden, indem eines Theils einem Testamentsexecutor als solchem überhaupt keine Disposition über diejenigen streitigen Rechte zusteht, welche der onerirte Erbe im Verhältnisse zum honorirten Legatar in Anspruch nimmt, und anderen Theils im vorliegenden Falle die Erbschaft nicht mehr vom Beklagten in seiner Qualität als Testamentsexecutor besessen wird, und nach Lage der Sache nicht im Entferntesten eine Verletzung der ihm als Testamentsexecutor obliegenden Pflichten darin gefunden werden kann, daß er die Erbschaft nicht bis zur Erledigung des hier fraglichen Streites in seiner so eben mehrfach erwähnten Qualität in Händen behalten hat.

II. (Ki. 849/₁₈₅₀.) Als die Steuerdirectorin M. K. auf K. unterm 16. November 1849 den Advocaten P. zu R. als Testamentsexecutor der wailand Präpositus-Wittwe F. auf Rückgabe eines Reverses vom 4. December 1835 verklagte, mittels dessen sich die Klägerin der (später — am 27. October 1848 — verstorbenen) Präpositus-Wittwe F. zur Zahlung einer lebenslänglichen jährlichen Rente verpflichtet hatte, gab das Oberappellationsgericht in dem Appellations-Erkenntnisse vom 29. Januar 1852 dem Beklagten zur Darlegung des behaupteten Mangels der Passivlegitimation auf binnen Ordnungsfrist salva contrademonstratione genügend zu bescheinigen: daß er die ganze Verlassenschaft der Wittwe F. im Johannistermine 1849 an die Erbin der Letzteren abgeliefert habe.

Aus den Gründen interessirt das Nachstehende:

6. — Nach dem Inhalte des F.'schen Testaments erscheint Beklagter allerdings als Derjenige, welcher die Klage aufzu-

nehmen hat. Der §. 4 dieses Testaments macht ihn nicht nur zum Wächter über die Erfüllung des testatricischen Willens, sondern legt ihm selbst speciell die Ausführung vieler Handlungen auf, unter denen ausdrücklich die Zurückweisung gemachter Ansprüche hervorgehoben, also der vorliegende Fall namentlich ins Auge gefaßt ist. Bei der Beschaffenheit vieler der einzelnen Auflagen, z. B. „den Nachlaß sicher und rein zu stellen, und Jedem das Seinige zuzutheilen," kann das im §. 4 zur Bezeichnung sämmtlicher Auflagen gebrauchte Wort: „ermächtigt," nicht den Sinn der Freilassung haben, sondern es muß als zwingende Auflage genommen werden. Nicht bloß Recht, sondern auch Pflicht ist dadurch ausgedrückt. Das Wort steht dem „Bevollmächtigen," „Beauftragen" gleich, obwohl die Grundsätze des Mandats bei Aufträgen fraglicher Art in letzten Willensbestimmungen nur analog zur Anwendung kommen.

Gerber, Deutsches Privatrecht §. 265.

Hat Beklagter das Amt des executor testamenti in angegebener Weise übernommen, so erscheint er innerhalb der Grenzen seiner Geschäfte allen Dritten gegenüber, die dieserhalb mit ihm in Berührung kommen, activ und passiv legitimirt, und diese dürfen sich unmittelbar, entsprechend der Absicht der Testatricin, an ihn halten.

cap. 19 X. de testamentis (3, 26).

7. — Hienach kann der Einwand der fehlenden Passivlegitimation nur in so weit Beachtung finden, als er mit der separat vorgeschützten sogenannten „Einrede der verspäteten Klage" zusammentrifft. Wenn nämlich Beklagter, wie er behauptet, schon im Johannistermine 1849 die Verlassenschaft der verwittweten Präpositus F. an die alleinige Erbin der letzteren abgeliefert hat, so ist eben damit sein Recht und seine Pflicht zur ferneren Vertretung jenes Nachlasses gegen Dritte beendigt worden. — —

III. (Ha. $384/_{1840}$.) In dem Erkenntnisse vom 25. August 1842 hebt das Oberappellationsgericht hervor, daß wenn bei der Ernennung eines Testamentsexecutors weiter nichts hinzugefügt sei, als daß derselbe für Vollstreckung des Testamentes sorgen solle, dieser allgemeine und unbestimmte Ausdruck noch

nicht einen Auftrag zur Anstellung von Klagen wegen Beitreibung dessen, was zur Erbschaft gehöre, involvire. Der Sorge für die Vollstreckung könne zunächst auch auf dem Wege genügt werden, daß die Erben zur Anstellung der Klage, wenn sie zur Vollstreckung nöthig sei, veranlaßt würden.

---

## 83.

## Ueber das Recht des landesherrlichen Fiscus dem Successionsberechtigten, welcher seinen Erblasser getödtet hat, die Erbschaft wegen Indignität zu entreißen. Ka. 1131/1860.

Der auf Querel der verwittweten K. ergangene Bescheid des Oberappellationsgerichts vom 13. December 1860 enthält folgende Ausführungen:

Das Recht des Fiscus dem Successionsberechtigten, welcher seinen Erblasser getödtet hat, die Erbschaft wegen Indignität zu entreißen, unterliegt nach den Pandekten und dem Codex Justinians eben so wenig für den Fall der Intestaterbfolge, wie für denjenigen der testamentarischen Succession einem gegründeten Bedenken. Wenn freilich die l. 10 C. de his, quibus ut indignis (6, 35) und die l. 7 §. 4 in fin. D. de bonis damnatorum (48, 20) ähnlich wie die auf die culpose Herbeiführung des Todes des Erblassers bezügliche l. 3 D. de his, quae ut indignis (34, 9), zunächst nur von einem im Testamente instituirten Erben sprechen, so würde doch der ganze Zusammenhang der l. 7 §. 4 cit. einer abweichenden Beurtheilung des Falles entgegenstehen, in welchem der Erblasser durch den Intestaterben getödtet worden ist. Paulus spricht nämlich in dem ersten Theile der angeführten Stelle aus, daß die bei der Confiscation des Vermögens verurtheilter Verbrecher den Kindern gesetzlich zukommenden Theile nicht durch Dasjenige, was der Verurtheilte durch Verbrechen erworben hat, vergrößert werden sollen, und führt als einen Fall solches verbrecherischen Erwerbes den an, wenn Jemand seinen Cognaten hat tödten lassen und

dessen Erbschaft angetreten, oder die bonorum possessio empfangen hat. In dem zweiten Theile der Stelle wird es sodann als eine dem Hervorgehobenen consequent entsprechende Bestimmung eines kaiserlichen Rescriptes bezeichnet, daß dann, wenn eine Haustochter Denjenigen, welcher sie zur Erbin eingesetzt, getödtet hat, die Erbschaft dem Fiscus vindicirt werde, obwohl die Tochter dieselbe auf Befehl des Vaters angetreten habe. Der hier anerkannte innere Zusammenhang der letzteren Bestimmung mit dem zuerst ausgesprochenen Satze beruht unverkennbar auf dem Gedanken, daß der Fiscus in dem einen, wie in dem anderen Falle die Erbschaft als einen von dem ursprünglich Berechtigten durch Verbrechen gemachten Erwerb in Anspruch zu nehmen befugt sei, und kann es in Folge Dessen nur als ein zufälliger in den Augen des Juristen rechtlich überall nicht relevirender Umstand betrachtet werden, daß in dem zweiten Theile der Stelle von einer testamentarischen Erbschaft, in dem ersten dagegen von einer Intestatsuccession die Rede ist. Zur Unterstützung dieser Auslegung dient die l. 9 D. de jure fisci (49, 14), in welcher dem Fiscus die Verfolgung einer Erbschaft, als einer scelere quaesita, zugestanden wird, obwohl die des Mordes ihres Ehemannes angeklagte Frau nicht aus dem ihre Instituirung zur Miterbin enthaltenden Testamente des Verstorbenen zur Succession gekommen war, sondern ab intestato den Sohn beerbt hatte, welcher durch seine Geburt als posthumus die Ruption des väterlichen Testamentes herbeigeführt hatte und nach kurzer Zeit selbst ebenfalls gestorben war. Es ist klar, daß dem Fiscus unter den in dieser Stelle gemachten factischen Voraussetzungen das Ereptionsrecht nicht hätte zugesprochen werden können, wenn dasselbe auf den Fall einer testamentarischen Erbfolge beschränkt wäre und muß daher die Ansicht, daß im Falle der Ermordung des Erblassers durch den nächsten Intestaterben die sonstigen Intestaterben zur Ereption der Erbschaft berechtigt seien, um so mehr verworfen werden, da ein solches Recht derselben nirgends in den Pandekten oder dem Codex angedeutet, und selbst in dem viel milderen Falle der unterlassenen Rächung des Todes des ermordeten Erblassers das Recht des Fiscus gleichmäßig bei der

Intestaterbfolge, wie bei der testamentarischen Succession anerkannt wird.

Vergl. l. 21 D. de his, quae ut indignis (34, 9)
l. 9 C. eodem (6, 35),
l. 15 pr. §. 2 D. de SC. Silaniano (29, 5).

Die Nov. 22 cap. 47 schließt als undankbar diejenigen Geschwister, welche dem Erblasser nach dem Leben getrachtet, eine Criminalklage wider denselben erhoben, oder ihm einen Vermögensverlust zu verursachen gestrebt haben, zu Gunsten der Mutter und der übrigen Geschwister von der Intestatsuccession rücksichtlich des Theils der Erbschaft aus, welcher aus dem Nachlasse oder einer propter nuptias donatio des vorverstorbenen Vaters herrührt.

Vergl. Mühlenbruch, in der Fortsetzung von Glücks Erläuterung der Pandekten, Thl. 37 Seite 386 ff.

Mag man nun auch in Uebereinstimmung mit einer weit verbreiteten und neuerdings wiederum von Vangerow (Lehrbuch der Pandekten, Bd. 2, §. 565, Seite 684), so wie von Arndts (Lehrbuch der Pandekten, §. 520) aufgenommenen Meinung die Ausdehnung der hervorgehobenen speciellen Bestimmung der Nov. 22 auf jede Intestaterbfolge der Geschwister als im Sinne und Geiste des Gesetzes begründet anerkennen, so würde es doch alles Maß einer statthaften analogen Gesetzesanwendung überschreiten, wenn man die Vorschriften der Nov. 22 cit. über die Undankbarkeit von Geschwistern und über die rechtlichen Folgen solcher Undankbarkeit auch rücksichtlich aller entfernteren cognatischen Intestaterben für maßgebend erklären wollte. Aus der Nov. 22 ergiebt sich demnach keinen Falls ein Grund gegen das Recht des Fiscus der Mutterschwester wegen der Ermordung des Neffen dessen Nachlaß auch im Falle der Intestaterbfolge zu entreißen. Die Nov. 134 cap. ult. und die daraus entnommene Authent. Bona damnator. C. de bonis proscriptorum (9, 49) beschränken nur die allgemeine Confiscation der Güter verurtheilter Verbrecher zu Gunsten der nächsten Verwandten und es erscheint daher als unrichtig, wenn Carpzow (Practica nova rer. criminalium, prt. III. qu.

CXXXV, observ. III. nr. 39—41) annimmt, daß durch diese neue Gesetzesvorschrift auch das Recht des Fiscus auf Exeption der dem Verbrecher durch die Ermordung des Erblassers angefallenen Erbschaft zu Gunsten der vom Kaiser bezeichneten Personen aufgehoben sei; denn diese Exeption ist nicht die Folge der allgemeinen Confiscation, sondern beruht auf dem in der Novelle gar nicht berührten speciellen Grunde der Indignität. Jeder in dieser Beziehung mögliche Zweifel wird durch den griechischen Text beseitigt, welcher die ausdrückliche Ausnahme

*χωρὶς τῶν διὰ τοῦ τοιούτου ἁμαρτήματος αὐτοῖς προσγενομένων*

enthält. Das Fehlen der bezüglichen Worte in der Vulgata hat keineswegs eine Veränderung des Sinnes zur Folge, da sich diese Ausnahme nach dem so eben Dargelegten ohnehin von selbst versteht, und bedarf es daher keines Eingehens in die Controverse, ob der griechische Text, welcher unter allen Umständen als ein wichtiges Auslegungsmittel anerkannt werden muß, bei einem Widerspruche der Vulgata zu beachten sein würde oder nicht

Bei dem Uebergange des Römischen Rechtes in das neuere Europa wurde das Exeptionsrecht des Fiscus allerdings nicht allgemein aufgenommen. Faber (de erroribus Pragmaticor. decad. XXXVIII. error. X. nr. 11) und Sande (decision. Frisicar. lib. IV. tit. 4 definit 5) sprechen sogar aus, daß der ganze Titel: de his, quibus ut indignis bei den meisten Völkern abrogirt sei. Wie indeß Faber selbst im Codex definit. lib. VI. tit 16 defin. 4 lehrt, daß in seiner Heimath (Savoyen) alle Gesetze im Gebrauche seien, welche das dem indignus Entzogene dem Fiscus zuweisen, muß auch Sande a. a. O. zugestehen, daß in Friesland keineswegs die gänzliche Abrogation dieser Gesetze Statt gefunden habe.

In Bezug auf das gemeine Recht gewann die Ansicht von der fortdauernden Gültigkeit des in Frage stehenden fiscalischen Rechtes einen bedeutenden Stützpunkt in der Constitutio Friderici I. de Regalibus II. F. 56, wiewohl dies zunächst nur den Rechtszustand der Lombardei betreffende Gesetz in Deutschland nicht mit dem Lombardischen Lehnrechte zur Herrschaft ge-

langte, und haben sich bereits in der älteren deutschen Doctrin und Praxis bedeutende Auctoritäten — zum Theil unter ausdrücklicher Beziehung auf die angeführte Stelle der Libri Feudorum — für die Anerkennung der dem Fiscus nach Römischem Rechte zustehenden Exemptionsrechte ausgesprochen.

Vergl. Meyer, Colleg. Argentorat. lib. 48 tit. 9 thes. 6.,
Klock, Consil. vol. I, consil. 46 nr. 20 f.,
Schilter, Praxis juris Roman. in foro German. exercit. XXXIIX. §. 182,
Mevius, Decis. P. V. decis. 153.
Brunnemann, Commentar. in Pandect. ad rubric. Tit. de his, quae ut indignis (34, 9),
Leyser, Meditat. ad Pandect., specim. 398, Vol. VI. pag. 952.

In der neuesten Zeit werden die bezüglichen römischrechtlichen Sätze allgemein als integrirende Theile des geltenden Rechts gelehrt, wie insbesondere die Lehrbücher zeigen, und kann einer solchen Uebereinstimmung gegenüber auf die abweichenden Ansichten, welche z. B. bei Voet, Commentar. ad Pandect. lib. 34 tit. 9 nr. 12 und bei Hommel, Rhapsod. quaestion. Vol. 5 observ. 640 hervortreten, vom Standpunkte des gemeinen Rechts aus kein entscheidendes Gewicht gelegt werden. Eine abweichende Mecklenburgische Praxis liegt nicht vor, und ist von ihr, der Querulantin, eine solche bisher auch überall nicht behauptet worden.

---

# III. Kirchenrecht.

## 84.

**Der Patron ist ebensowenig bei vagirenden wie bei anderen Kirchen zur eigenen Verwaltung des Kirchenvermögens berechtigt.** Ae. 177/$_{1859}$.

Der vom Oberkirchenrathe bestellte Kirchenprocurator B. erhob Namens der Kirche zu K. bei der Justiz-Canzlei zu Güstrow unterm 14. Mai 1858 Klage gegen den Gutsbesitzer v. A. auf K., weil derselbe als Patron der fraglichen Kirche die Verwaltung und Berechnung des Kirchenvermögens an sich genommen, auch Kassenvorrath und Obligationen über das Kirchenvermögen in Händen habe, und begehrte die Verurtheilung des Beklagten zur Abtretung der gesammten Verwaltung des Kirchenvermögens sowie zur Herausgabe der Obligationen über Kirchengelder an den Pastor L. zu L., welchem die Cura der Pfarre zu K. vom beklagten Patrone übertragen worden war. Der Beklagte gestand die Klagethatsachen zu, bestritt aber die Statthaftigkeit des Klagegesuches, indem er auszuführen suchte, daß die regelmäßigen Grundsätze über die Verwaltung des Kirchenvermögens auf die Kirche zu K., welche als vagirende Kirche keinen ordentlichen Pastor habe, nicht anwendbar seien. Ueberdies fehle es der Klage an allem Interesse, da er — der Beklagte — als einziger Patron und einziger Eingepfarrter allein im Falle der Insufficienz des Kirchenvermögens für die Bedürfnisse der Kirche zu sorgen habe und daher er allein bei der ordnungsmäßigen Verwaltung des Kirchenvermögens interessirt sei. In dem oberbischöflich bestätigten Vertrage, welchen er als Patron

mit dem Pastor L. wegen der geistlichen Functionen in K. abgeschlossen, sei demselben zwar die Berechnung des Kirchenvermögens übertragen; indeß sei dem ganzen Vertrage die Kündigungsclausel hinzugefügt.

Nachdem bis zur Duplik verhandelt worden, verurtheilte die Justiz-Canzlei zu Güstrow durch Erkenntniß vom 26. Septbr. 1859 den Beklagten die Verwaltung und Berechnung des Vermögens der Kirche zu K. an den Pastor L. zu L. als den competenten Berechner des Aerars abzutreten und demgemäß nach aufgemachter Berechnung des Registers den vorhandenen Kassenvorrath, so wie die Obligationen über die Kirchengelder demselben auszuliefern, wie solches aber geschehen, binnen drei Wochen sub poena executionis dem Kläger zu dociren, auch in pari et sub poena eadem dem Letzteren die Kosten des Processes zu erstatten.

Aus den Gründen sind folgende Ausführungen hervorzuheben:

Anerkannt ist es nicht nur nach den Principien des gemeinen Kirchenrechts, sondern auch nach der Mecklenburgischen Kirchenverfassung, daß die Verwaltung des Kirchenvermögens den Predigern und den Kirchen-Vorstehern, wo solche vorhanden sind, obliegt und zukommt, nicht aber dem Patrone, welchem vielmehr von Jenen darüber Rechnung abzulegen ist. — Dieses erkennt nicht nur der landesgrundgesetzliche Erbvergleich an, im §. 491 u. f., desgleichen die revidirte Kirchen-Ordnung vom Jahre 1650 fol. 142 — nicht minder die Instruction an die Superintendenten vom 15. Mai 1694 sub IV. und ein im Jahre 1745 sub dato dem 30. Juli an die Superintendenten ergangener Erlaß Serenissimi — und zwar durchweg ohne Unterschied, ob es sich um das Vermögen einer Mutter- oder Filial-Kirche oder einer vagirenden Mutter-Kirche handelt — sondern es findet sich auch schon in der Polizei-Ordnung vom Jahre 1572 Tit.: „Von Rechenschaft der Bürgermeistere" hervorgehoben, daß die Patrone und Prediger sich gegenseitig controliren und fleißig Acht haben sollen, daß die geistlichen Güter nicht zerrissen, verwüstet, verändert werden, welchen Falls davon Anzeige zu machen sei beim Landesherrn oder dem geistlichen Consistorio.

In Anwendung dieses im Allgemeinen auch inter partes nicht bestrittenen Principes — — muß auch die vorliegende Klage im Wesentlichen für wohlbegründet, dagegen aber für unerheblich gehalten werden, was der Beklagte mit Bezug auf die angeblich eigenthümlichen concreten Verhältnisse dawider vorbrachte. — In dem Publicat des Officiellen Wochenblatts vom Jahre 1842 Nr. 22 heißt es ausdrücklich, daß nachdem der Pastor B. zu G. das bis dahin mit verwaltete Pfarr-Amt in der vagirenden Mutter-Kirche zu K. niedergelegt habe, die erledigte Pfarre dem Pastor L. zu L. wieder verliehen und Letzterer zu K. introducirt sei, und ergiebt sich schon hieraus zur Genüge, daß der dortigen Kirche zwar immerhin vielleicht ein besonderes Pfarr-Etablissement, nicht aber wie Beklagter vermeint die Pfarre selbst fehlt, und räumte Beklagter auch selbst ein, daß die Kirche ein eigenes, wenn auch nur aus Capitalien bestehendes Vermögen besitze, dessen Verwaltung er dem Pastor L. nur „abgenommen" habe. Völlig irrig ist es aber, wenn Beklagter zu solcher Abnahme der Verwaltung sich deshalb berechtigt hielt, weil der ganze oberbischöflich bestätigte Contract mit dem Pastor L. die Kündigungs-Clausel enthält; denn diese Befugniß der Kündigung involvirt in keiner Weise auch das Recht die verfassungsmäßige amtliche Stellung des Predigers zu verändern, insbesondere ihm die durch den gedachten Contract nur noch besonders zugewiesene Führung der Kirchenrechnung abzunehmen, so daß es hienach von der Willkür des Patrons abhinge, ob überall eine solche Rechnung geführt würde. Vielmehr hat hierauf und daß der Pastor sie führt, die Kirche selbst ein Recht.

Auf Appellation des Beklagten bestätigte das Oberappellationsgericht unterm 13. Februar 1860 das Erkenntniß erster Instanz aus folgenden Gründen:

Es fehlt an allem Grunde zu einer restringirenden Auslegung der in der sententia a qua angeführten generell lautenden Bestimmungen des Mecklenburgischen Rechtes, in welchen die Verwaltung des Kirchenvermögens als zur Competenz der Pastoren und der etwa vorhandenen Kirchenvorsteher gehörend bezeichnet

wird und ist es insbesondere nicht abzusehen, weswegen diese Competenz der Pastoren und Kirchenvorsteher gerade bei Filialkirchen oder vagirenden Kirchen zu Gunsten des Patrons beschränkt werden sollte, da die eigenthümliche Stellung einer Filialkirche nur auf dem Subjectionsverhältnisse zu der Mutterkirche beruht und die Anomalie der vagirenden Kirchen allein darin besteht, daß das Pfarramt an denselben beim Mangel einer zur Aufrechterhaltung einer eigenen Pfarre ausreichenden Dotation einem benachbarten Geistlichen — ohne dauernde Verbindung der solchergestalt in dessen Person vereinigten Pfründen — übertragen wird. Beklagter hat auch selbst gar nicht die Selbständigkeit des K.'schen Kirchspieles und die nach der Verfassung desselben bestehende Nothwendigkeit der Anstellung eines zur Vornahme aller geistlichen Amtsfunctionen berechtigten und verpflichteten Pastors an der dortigen Kirche in Abrede genommen; damit ist die der Kirchenordnung entsprechende Existenz eines Pfarramtes daselbst außer Zweifel gestellt, und bedarf es keiner Ausführung darüber, daß die mit diesem Pfarramte, als solchem, nach der Kirchenverfassung verbundenen Rechte und Pflichten, wie überhaupt von dem Maße der Pfarrdotation, so auch insonderheit von dem Vorhandensein eines eigenen Pfarr-Etablissements unabhängig sind. In Gemäßheit des Vorstehenden muß die von dem Beklagten unternommene eigene Verwaltung des K.'schen Kirchenärars um so mehr für rechtswidrig erklärt werden, da dem Patrone auch im gemeinen Rechte eine solche Befugniß nicht zugestanden wird. Die Kirche zu K. in deren Namen der vorliegende Rechtsstreit von dem ordnungsmäßig durch den Oberkirchenrath bevollmächtigten Kirchenprocurator erhoben worden ist, hat unbestreitbar einen Rechtsanspruch darauf, daß der zur Verwaltung ihres Vermögens verfassungsmäßig berufene Vertreter nicht durch einen Dritten in der Ausübung seiner Administrationsrechte gestört werde, und ist für die klagbare Geltendmachung dieses Rechtsanspruches keinesweges die Nachweisung eines weiteren Interesses als desjenigen erforderlich, welches für jedes Rechtssubject in der Aufrechterhaltung der demselben rechtlich zustehenden Befugniß zur eigenen Vermögensverwaltung liegt. Der hohe

Werth der der Kirche wenn auch nur unter Beschränkungen eingeräumten vermögensrechtlichen Freiheit und Selbständigkeit wird von dem Beklagten völlig verkannt, wenn er den Mangel eines zur Klage berechtigenden Interesses aus dem Umstande herzuleiten sucht, daß er als Patron und einziger Eingepfarrter bei einer Insufficienz des Kirchenärars allein die Mittel herzugeben habe, welche zur Befriedigung der pecuniären Bedürfnisse der Kirche erforderlich seien.

---

## 85.

### Baulast in Bezug auf Kirchhöfe. Bu. 816/1856.

Der Kirchenprocurator B. begehrte in einer bei der Justiz-Canzlei zu Güstrow unterm 13. Juli 1855 Namens des Landesherrn als Patrones der Kirche zu B. erhobenen Klage die Verurtheilung der dortigen Gutsherrschaft zur Befriedigung der B.'er Kirchhofsmauer und resp. zur Wiederherstellung derselben in einen angemessenen Zustand. Zur Begründung dieses Anspruches machte der Kläger geltend, daß die lutherischen Gemeinden des hiesigen Landes nach der Revidirten Kirchen-Ordnung fol. 241 f. die Pflicht hätten die Kirchhöfe in einem dem kirchlichen Zwecke entsprechenden Zustande zu erhalten und insbesondere die Befriedigung derselben — eine jede Dorfschaft zu ihrem Antheil — zu beschaffen. Nun sei die Bewährung des Kirchhofes zu B. wegen ihres verfallenen Zustandes der Wiederherstellung bedürftig, der Gutsherr von B. aber der alleinige Eingepfarrte der dortigen landesherrlichen Patronatkirche und daher zur Wiederherstellung der Kirchhofsmauer verpflichtet.

Der Beklagte gestand die in der Klage angeführten Thatsachen zu, bestritt aber, daß daraus seine Pflicht zur alleinigen Wiederherstellung der Kirchhofsmauer folge; hier normire vielmehr die Verordnung vom 27. December 1824, nach welcher bei der Insufficienz der Kirchenärars die Baumaterialien unentgeltlich vom Patron hergegeben, Fuhren und Handdienste von den Eingepfarreten geleistet, die Baukosten aber zur einen Hälfte

vom Patrone und zur anderen Hälfte von den Eingepfarrten übernommen werden müßten. Die ihn hiernach treffende Verbindlichkeit zu übernehmen sei er immer bereit gewesen.

Die Justiz-Canzlei zu Güstrow wies die erhobene Klage unterm 13. März 1856 ab, und wurde dieser Spruch sodann vom Oberappellationsgerichte auf Appellation des Klägers durch das Erkenntniß vom 26. Januar 1860 aus folgenden Gründen bestätigt:

1. Wenn zwar die Beerdigung des Leibes nach dem Ausdrucke des c. XIX. caus. XIII. qu. II. nicht als praesidium salutis, sondern nur als humanitatis officium aufzufassen ist, so hat es die christliche Kirche doch von je her als eine ihr obliegende Liebespflicht betrachtet sich der verstorbenen Leiber ihrer Mitglieder anzunehmen und ihre Fürsorge auf deren Begräbnisse zu erstrecken. Sie kam daher bereitwillig dem schon in den früheſten Zeiten sich geltend machenden Wunsche der Gläubigen in der Nähe der Gräber von Märtyrern, so wie der über denselben erbauten Kirchen begraben zu werden, entgegen, und benutzte die daraus hervorgegangene Sitte des Begrabens in und bei den Kirchen zur Ausbildung des Rechtssatzes, daß die Bestattung regelmäßig in geweihetem Boden bei einer Kirche, und zwar, falls der Verstorbene nicht ein Familienbegräbniß hatte, bei der Pfarrkirche geschehen müsse.

c. 6 caus. 13. qu. 2; cap. 1 X. de sepulturis (3, 28.)

Wurde freilich dem Einzelnen bei seinen Lebzeiten die Wahl des Begräbnißortes freigelassen, so durfte doch kein profaner Ort dazu ausersehen werden,

cap. 3 X. de sepulturis (3, 28) vergl. mit cap. 2 §. 1 de sepulturis in VI. (3, 12),

van Espen, jus eccles. univers. t. II. tit. 38. cap. 3. §. 23,

Eichhorn, Grundsätze des Kirchenrechts Bd. 2 Seite 550 not. 9,

und behandelte das Canonische Recht die Beobachtung dieser Normen in der Weise als ein Parochialrecht, daß nicht allein ein Theil von Allem, was der Verstorbene der gewählten Kirche hinterlassen hatte, in der quarta funeraria oder canonica portio der Pfarrkirche vorbehalten blieb,

cfr. cap. 1, 2, 4, 8, 10. X. de sepultur. (3, 28)

sondern der Letzteren auch ein klagbarer Anspruch auf Herausgabe des abgestorbenen Leibes, welcher ihrem Schoße durch widerrechtliche Bestattung bei einer anderen Kirche vorenthalten ward, eingeräumt wurde.

cap. 3, 5 X. eodem.

cap. 1 de sepulturis in VI. (3, 12.)

2. — Die Entwickelung des erwähnten Parochialrechtes hängt auf das Engste mit der Rücksicht auf die pecuniären Vortheile zusammen, welche der Kirche des Begräbnißortes zugewendet zu werden pflegten, und wird insbesondere der Grund für die Abgabe der quarta funeraria in dem cap. 1. X. de sepultur. (3, 28) und der Clem. 2 de sepultur. (3, 7) darin gesetzt, daß der Pfarrkirche, deren Geistliche an dem Seelenheile der Pfarrkinder gearbeitet haben, nach dem Tode der Letzteren nicht ganz der verdiente Lohn entzogen werden solle. Uebrigens wird ein Recht der Kirche auf ein Aequivalent für die zum Begräbnisse hergegebenen Plätze nicht anerkannt; vielmehr verbietet das Canonische Recht ausdrücklich den Abschluß von Kaufcontracten über dieselben und mißbilligt die Verweigerung des Begräbnisses um eines dafür geforderten Erlegnisses willen.

c. 14 caus. 13. qu. 2; cap. 13. X. de sepulturis (3, 28.)

Nur die Annahme freiwilliger Oblationen wird gestattet, und die Aufrechterhaltung der auf derartige Abgaben bezüglichen Observanzen geboten.

cap. 42 X. de simonia (5, 3.)

Durch eben diese Rechtsregeln wird auf das Unzweideutigste bestätigt, daß die Kirche die Einräumung eines Begräbnisses als eine freie Liebeserweisung angesehen wissen will, und daher die Subsumtion dieser kirchlichen Wohlthat unter den Gesichtspunkt eines dem privatrechtlichen Verkehre angehörenden Rechtsgeschäftes vom Standpunkte des Canonischen Rechts aus verworfen werden muß. In der Consequenz dieser Auffassung würde die Kirche es nicht zugeben können, daß Dasjenige, was sie aus Rücksichten der Liebe in Betreff der Aufnahme von Leichen in ihren geweihten Grund und Boden leistet, vom Standpunkte des bürgerlichen Rechtes aus als eine von ihr zu erfüllende Ver-

bindlichkeit behandelt werde. Gestattet es freilich der c. 70 caus. 12 qu. 2 den Verwaltern des Kirchengutes geweihete Gefäße zu verkaufen und den Erlös zur Erweiterung des Begräbnißplatzes zu verwenden und ergiebt sich ferner aus der ausdrücklichen Erwähnung des c. 31 caus. 12 qu. 2, daß die restauratio coemeteriorum mit zu den Verwendungen gehört, welche aus der für die fabrica ecclesiae bestimmten Quote der einer Kirche gemachten Geschenke zu bestreiten sind, so folgt doch auch hieraus keine rechtliche Verbindlichkeit der Kirche für das Vorhandensein ausreichender Begräbnißplätze zu sorgen, oder alle thatsächlich vorhandenen Gottesäcker zu erhalten. Auch das protestantische Kirchenrecht hat den einzelnen Kirchen eine so weit gehende Last nicht aufgebürdet, und würde die Annahme einer solchen dem Mecklenburgischen Rechte um so mehr widersprechen, da die Kirchhöfe nach der Verordnung vom 25. Januar 1811 sub IV. nicht bloß zur Ruhestätte der Eingepfarrten, sondern auch zur Beerdigung der Mitglieder anderer Confessionen bestimmt sind.

3. — Für die Beurtheilung des zur Frage stehenden Rechtsverhältnisses ergeben sich aber weitere entscheidende Gesichtspunkte in den Fällen, in welchen die zu Begräbnissen benutzten Plätze so, wie der den Gegenstand des gegenwärtigen Rechtsstreits bildende, aus Höfen der Kirche im eigentlichen Sinne des Wortes bestehen und als solche die Kirche umgeben. Wie streitig nämlich in der Doctrin des gemeinen protestantischen Kirchenrechtes in Folge der Ausführungen J. H. Böhmer's (jus ecclesiast. Protestantium, lib. III. tit. 28 §. 14 ff.) auch die Frage ist, ob die getrennt von den Kirchen angelegten Begräbnisse zu den Accessorien derselben gehören, so wird doch die Pertinenzqualität der erwähnten Höfe der Kirche (coemeteria ecclesiis contigua) durch den ausdrücklichen Ausspruch des cap. unic. de consecratione in VI. (3, 21) jedem Zweifel entzogen.

vergl. Mejer, Institutionen des gemeinen Deutschen Kirchenrechtes (2. Aufl.) Seite 348 f.

Es folgt aber aus den allgemeinen Grundsätzen als Regel, daß

eine derartige Pertinenz, welche vermöge ihres räumlichen Zusammenhanges mit dem zum Gottesdienste bestimmten Kirchengebäude zugleich als Vorhof für dieses dient, zunächst von der Kirche in dem von der kirchlichen Ordnung und dem kirchlichen Anstande erforderten Zustande erhalten werden muß, die Eingepfarrten dagegen dieserhalb nur in Gemäßheit der allgemeinen über die kirchliche Baulast geltenden Normen in Anspruch genommen werden können, falls die Kirche nicht im Stande ist ein weiter gehendes Recht aus speciellen Gründen herzuleiten.

vergl. Carpzov, jurisprudentia ecclesiastica, lib. II. defin. 387, J. H. Böhmer a. a. O. §. 19.

4. — Der Kläger hat nun auszuführen gesucht, daß die Eingepfarrten im Mecklenburgischen Rechte durch die Revidirte Kirchenordnung principaliter (unter Befreiung der Kirche von dieser Last) zur Befriedigung der Kirchhöfe auf den Dörfern verpflichtet seien. Bei genauerer Erwägung der Revidirten Kirchenordnung stellen sich dieser Ansicht indeß entscheidende Bedenken entgegen. Wenn es im Titel „vom Begräbniß“ heißt

„Und sollen die Vorsteher der Kirchen insonderheit neben dem Custer darauf sehen, daß nicht allein die Kirchen in gutem Gebew erhalten, sondern auch die Kirchhöve mit Steinen und Pflanzwerck umbher wohl verwahret, und von jeder Dorffschafft ihr Antheil befriediget werden;“

so mögen die Verfasser der Kirchenordnung diese Vorschrift immerhin in der Anschauung weit verbreiteter Kirchspiels-Observanzen getroffen haben, nach welchen die einzelnen eingepfarrten Dorfschaften — wie Dies ähnlich in Pommern der Fall war (cfr. Balthasar jus ecclesiasticum pastorale, Thl. 1 Seite 17 und 451) — zur Befriedigung des Theiles des Kirchhofes verpflichtet waren, auf welchem sie der Sitte der alten Zeit gemäß ihre abgesonderte Stelle hatten; allein das Gesetz legt weder den Dorfschaften diese Verbindlichkeit generell auf, noch constatirt es eine generelle Observanz mit entsprechendem Inhalte, sondern enthält, indem es über die Voraussetzungen der fraglichen Last schweigt, nur eine Anweisung an die Kirchenvorsteher jede Dorfschaft zur Befriedigung ihres Antheiles an-

zuhalten und ist daher die Auslegung genöthigt bei dem Resultate stehen zu bleiben, daß den Vorstehern hier nur zur Pflicht gemacht werde, die Eingepfarrten da, wo denselben die Befriedigung der Kirchhöfe obliegt, zur Erfüllung ihrer Verbindlichkeit und zwar eine jede Dorfschaft rücksichtlich ihres Looses anzuhalten. Ebenso wird im Titel „von der Visitation“ mittels der Vorschrift:

„Imgleichen sollen sie auch gewisse Anordnung machen, was ein jedes eingepfarretes Dorff an der Wedeme Cüsterei und Kirchhofe bessern und bawen solle,“

den Visitatoren nur die Anweisung zur Herstellung eines sicheren Rechtszustandes in Bezug auf die Vertheilung der als vorhanden vorausgesetzten Baupflicht der Dorfschaften ertheilt. Für die Annahme, daß die Baupflicht der Parochianen bei dieser Voraussetzung als eine allgemeine gedacht werde, fehlt es nicht allein an einem ausreichenden positiven Grunde, sondern ihr steht auch abgesehen davon, daß im Zweifel die mit den Principien des geltenden Rechtes übereinstimmende Auslegung vorzuziehen ist, der Umstand entgegen, daß hier der Kirchhof mit der Wedeme und Küsterei zusammengestellt wird. Denn die Revidirte Kirchenordnung kennt keine unbedingte Verbindlichkeit der Eingepfarrten zur Bestreitung der rücksichtlich der letzteren Objecte sich vernöthwendigenden Baukosten; vielmehr bestimmt dieselbe im Titel von der Visitation §. „Sie sollen auch,“ nur, daß da, wo die Kirchen unvermögend sind und die Kirchspielsleute die Wedeme und Küsterei mit den Scheunen, Ställen und Zäunen gebauet gebessert und erhalten haben, diese es auch für die Zukunft beschaffen sollen.

vergl. v. Nettelbladt's Rechtssprüche, Bd. 2 Seite 107 f., 110 f. 135 ff.

Kann demnach aus der in Frage stehenden Stelle der Revidirten Kirchenordnung nicht das Resultat hergeleitet werden, daß die Visitatoren allen eingepfarrten Dorfschaften unbedingt und ohne Rücksicht auf ein etwaniges Unvermögen der Kirchen die Verbindlichkeit zur Befriedigung bestimmter Kirchhofstheile haben zuweisen sollen, so bleiben um so mehr Bedenken gegen eine so

weit gehende Auslegung der im Eingange dieser ratio besprochenen Stelle aus dem Titel „Vom Begräbniß" übrig, wenn man erwägt, daß der Hauptzweck derselben nur darauf hinausgeht die Kirchenvorsteher zur Aufrechterhaltung der von den Visitatoren getroffenen Anordnungen anzuhalten.

5. — Die spätere einheimische Legislation gedenkt der Kirchhöfe nicht speciell bei der Regulirung der kirchlichen Baulast. Nach Maßgabe der obigen Erörterungen liegt daher principaliter den Kirchen-Aerarien die Erhaltung der Kirchhöfe der zur Frage stehenden Art ob, und findet auf dieselben die Verordnung vom 27. December 1824 in Beihalt der allgemein lautenden Eingangsworte Anwendung, wie auch die nach §. 5 dieser Verordnung für den Fall der Ausreichlichkeit des Kirchenvermögens fortdauernd gültige Bestimmung des §. 499 des Landesgrundgesetzlichen Erb-Vergleichs als gesetzliche Grundlage für die Anerkennung der Verbindlichkeit der Eingepfarrten zur Leistung von Hand- und Spanndiensten bei der Reparatur derjenigen Kirchhofsmauern, welche principaliter von den Kirchenärarien zu erhalten sind, beachtet werden muß.

6. — Faßt man die Resultate des Vorstehenden zusammen, so kann die angebrachtermaßen erfolgte Abweisung der erhobenen Klage nur für gerechtfertigt erachtet werden, da der gegen den Beklagten geltend gemachte Anspruch auf Wiederherstellung der streitigen Kirchhofsmauer weder durch das gemeine Recht, noch durch die Bestimmungen der Mecklenburgischen Particulargesetzgebung begründet wird, und ferner das Vorbringen des Klägers eben so wenig ausreichende Anknüpfungspunkte für die Auflegung eines Beweises über ein seinen Intentionen entsprechendes, für alle Mecklenburgischen Landgemeinden maßgebendes Gewohnheitsrecht bietet, wie er eine Specialobservanz des B.'er Kirchspiels behauptet hat.

---